

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1062

(Ano XIII)

(14/12/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Aposentados: têm seus direitos procrastinados pelo executivo, legislativo e judiciário, por motivo de política orçamentária e das amarras da prestação jurisdicional
Edson Sebastião de Almeida, 07.

ARTIGOS

Juiz das garantias e sua aplicação no Tribunal do Júri

Alexandre José Neves Santana, 17.

A violência doméstica contra a mulher e a (in) eficácia de medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006

Carolina Cardoso Souza, 30.

A nova corrida pelo ouro: os riscos da mineração em alto mar

Matheus de Lucca Silva, 97.

Da responsabilidade civil por erro médico

Paulo Bezerra Da Silva Filho, 99.

Adolescente infrator e os direitos humanos

Jamires Teixeira Tavares, 120.

O ensino de direito constitucional no ensino médio: Uma análise a partir do estudo do artigo 205 da CF/88.

Bruno Pedrosa Costa de Faria Pereira, 131.

Inconstitucionalidade dos dispositivos legais que impõem a paralisação de demandas repetitivas

Alvacir de Sá Barcellos, 145.

As funções das Cortes de Justiça, de precedentes e o acesso à justiça

Israel Cunha Ferreira e Sheila Cunha Martins, 148.

Delegação do poder de polícia administrativa à entidades da administração indireta de direito privado

Matheus Santos Gonçalves, 163.

A violação do reconhecimento de pessoas à luz do sistema acusatório

Francisco Gustavo Alves Araújo, 185.

O amicus curiae como instrumento legitimador de decisões no STF

George Araújo Penha Filho, 203.

Análise dos serviços notariais e registral no contexto jurídico

Paulo Henrique Borges de Sousa, 227.

Função constitucional do instituto da prescrição penal

Lucas Rabelo Dorneles Vieira, 237.

Da constitucionalidade da atuação da Defensoria Pública nos casos de réus citados por edital ou hora certa

Fábio Magalhães Pinto, 257.

Análise Econômica do Direito: Uma contextualização e reflexão sobre sua importância

Leydilene Batista Veloso De Moura, 263.

APOSENTADOS: TÊM SEUS DIREITOS PROCRASTINADOS PELO EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO, POR MOTIVO DE POLÍTICA ORÇAMENTÁRIA E DAS AMARRAS DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

EDSON SEBASTIÃO DE ALMEIDA: Bacharel em Direito, Especialista em Direito Tributário; Consultor Tributário; contabilista, inclusive com expertise em contabilidade tributária e autor de artigos publicados em revistas especializadas, bem como autor do livro: Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas; experiência de 42 anos, tendo exercido funções de Gestão Tributária, bem como de Assessor da Diretoria Financeira em empresas privadas.

O objetivo deste artigo de opinião é mostrar aos leitores que os aposentados do País têm seus direitos procrastinados sobre as restituições do imposto de renda pago indevidamente, considerando que o direito à isenção do imposto de renda concedida aos aposentados portadores de doenças graves refere-se aos resgates junto à previdência privada complementar, plano PGBL.

Também, mostrar a busca do aposentado junto ao judiciário sobre “revisão da vida toda”, expondo sobre o julgamento junto ao STF do RE nº 1.276.977, de 5/8/2020, referente ao Tema 1102, da Repercussão Geral, realizado no dia 11/6/2021. Por sua vez, discorrer sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 23, de 2021, conhecida como PEC dos Precatórios do Governo Federal apresentada em 10/8/2021 junto à Câmara dos Deputados e encaminhada ao Senado Federal.

Como se sabe, o sistema judiciário brasileiro é considerado moroso, em outras palavras, não resolve as demandas judiciais num lapso temporal satisfatório a fim de atender ao credor e à obrigação de pagar do devedor.

Enfim, o devido processo legal não satisfaz ao simples cidadão, tampouco aos grandes empresários, além do mais, somos sabedores de que o custo do Poder Judiciário é alto em decorrência da judicialização.

Ainda, são vários fatores que contribuem para morosidade processual, tais como: tipo de procedimento, complexidade do caso, tempo gasto na coleta de provas, prazos

processuais, a exemplo dos recursos principalmente daqueles concedidos à Fazenda Pública.

Por sua vez, há um excesso de demandas e atribuições e, não obstante, os estudos têm comprovado que há números limitados de funcionários e de juízes, responsáveis por inúmeras quantidades de citações, intimações, diversos despachos, entre outras atividades, as quais, conforme já mencionamos em artigos de nossa autoria, poderiam ser resolvidos na esfera administrativa e, com isso, terem evitado a judicialização.

Ademais, um grande impacto na morosidade é em razão de um número insuficiente de juízes, desembargadores e ministros, inversamente proporcional ao número de processos protocolados na justiça a cada exercício.

Além do mais, um dos responsáveis pela morosidade é a crescente quantidade de ritos burocráticos, isto é, aqueles conhecidos no meio jurídico com “tempo de gaveta”, em outras palavras, o processo fica estagnado, tão somente pela burocracia, por exemplo, demora do oficial de justiça localizar uma testemunha, entretanto, somos sabedores de que a nova tecnologia tem contribuído para diminuir os entraves do judiciário, por exemplo, a penhora *online*.

Por outro lado, um grande gargalo que contribui negativamente para celeridade ao devido processo legal é demora da Sentença a ser proferida pelo Magistério em todos graus de jurisdição.

Diante disso, neste artigo propomos estudar os motivos pelos quais os aposentados do País são substancialmente prejudicados pelos Três Poderes em razão de política orçamentária, bem como das amarras do devido processo legal.

Ainda, ao não ser concedido o direito de revisão a qualquer tempo da aposentadoria, com isso, defendendo um prazo decadencial de 10 (dez) anos ou não efetuar o pagamento de precatórios justificando que o sistema da previdência é sob a égide do equilíbrio financeiro da lei de diretrizes orçamentárias, bem como um equilíbrio atuarial poderá ficar na contramão jurídico-criminal no terreno processual, quando ocorrer pela Lei nº 9.613/1998, crimes de “lavagem” de dinheiro, por exemplo, de uma autoridade pública ao inibir direitos sob alegação de rombo no orçamento, porém, ter uma *offshore* em um paraíso fiscal de forma irregular.

Finalmente, o artigo de opinião mostra o risco para aquelas pessoas de respeitado status social elevado no exercício da sua ocupação incorrerem no crime de prevaricação, crime contra a ordem tributária e no crime do colarinho branco (*white collar crimes*).

O direito à isenção do IRPF aos portadores de doenças graves refere-se aos resgates junto à previdência privada complementar, plano PGBL, conforme podemos

observar no Despacho nº 348-PGFN-ME, de 5/11/2020, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o qual aprovou o Parecer nº 110/2018, que recomenda a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, estendendo a isenção do imposto de renda instituída em benefício do portador de moléstia grave especificada no art. 6º, XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988.

Ainda, no que diz respeito ao objetivo do Parecer SEI nº 110/2018, sobre a vinculação da SRFB, o referido órgão não deixa dúvida ao incluir no seu Manual de Perguntas e Respostas 2021, na pergunta nº 269-Qual é o tratamento tributário da complementação de aposentadoria, reforma ou pensão paga a pessoa com doença grave?

Nesse sentido a PGFN vinculou a Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), obrigando-a a rever de ofício os lançamentos já efetuados, até mesmo explicando que as medidas a serem tomadas decorrem das reiteradas decisões pacificadas pelo STJ, no sentido contrário ao entendimento da PGFN, cujas interposições de recursos serão inúteis e sobrecarregarão o Poder judiciário.

Assim, levando em consideração que o sistema judiciário brasileiro é moroso, pois não resolve as demandas judiciais num lapso temporal satisfatório a fim de atender ao credor e à obrigação de pagar do devedor, entendemos que tal morosidade não deveria existir numa demanda relacionada à isenção do imposto de renda do portador de doença grave nos resgates junto à previdência privada complementar, plano PGBL.

De fato, em que pese à PGFN recomendar a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, entendemos que não caberiam obstáculos por parte da justiça tampouco da SRFB, pois tacitamente foi declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre as Partes.

Entretanto, conforme mencionamos neste estudo lamentavelmente o aposentado portador de doença grave fica penalizado diante das amarras da prestação jurisdicional e das medidas vexatórias da SRFB cobrando o imposto de renda que não é devido e sim a ser restituído.

No que diz respeito, no posicionamento contrário à isenção com medidas vexatórias, entendemos que a Autoridade Fiscal, data vênia, comete crime de prevaricação, nos termos do art. 319, do Decreto-lei nº 2.848/1940, que aprovou o Código Penal, pois prevê: "retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal".

Também, entendemos, data vênia, que a Autoridade Fiscal praticou crime contra a ordem tributária. De fato, as condutas descritas no art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.137/1990,

que estabelece: “patrocinar, direta e indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público”.

Nesse sentido, esclarecemos que a Autoridade Fazendária estaria patrocinando o interesse privado no caso da Previdência Privada Complementar, perante a administração fazendária (Fazenda Nacional), em não exigir da instituição financeira o cumprimento do direito à isenção, bem como daquelas Autoridades da SRFB que tomam medidas contrárias àquelas da PGFN que isenta do imposto de renda o portador de doença grave, nos resgates junto à Previdência Complementar, plano PGBL.

No devido processo legal, também podemos destacar um dos responsáveis pela morosidade, ou seja, a crescente quantidade de ritos burocráticos, por exemplo, a PGFN “recomenda a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos”, todavia, o referido órgão público tem manifestado nas peças processuais sobre o cálculo do *quantum debeatur*, da Repetição de Indébito Tributário, entretanto, não apresentando nenhum cálculo do valor apresentado pelo autor, o que deveria ser feito em função da previsão legal do CPC/2015.

Diante disso, o legislador, ao elaborar o CPC/2015, possibilitou ao Magistério em casos de divergências entre as Partes sobre o *quantum debeatur* apurado por simples cálculo aritmético valer-se do art. 524, §2º, do CPC/2015, cálculo do contador.

Em outras palavras, o contabilista do juízo, remetendo os autos de ofício ao contador judicial, sem necessidade de oitiva prévia das partes com prazo de 30 (trinta) dias para executar o cálculo, porém, não o faz, ocasionando mais desdobramentos nas peças processuais.

Ainda, no devido processo legal observa-se que muito embora a Fazenda Nacional recomende a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos na tramitação processual, os prazos quádruplo e dobro são mantidos em decorrência do privilégio concedido no CPC/2015, a Fazenda Nacional, Ministério Público e Defensoria Pública, com isso, apenas haverá movimentação processual quando decorrido o prazo, ocasionando mais morosidade para solução da demanda.

O aposentado, ao buscar um direito a que pretende, tem sido submetido ao STF; por esse motivo, temos presenciado um ativismo judicial em que os três poderes não demonstram nenhum interesse na solução das amarras do constitucionalismo.

Diante disso, prejudicando os trabalhadores aposentados idosos que buscam “melhor qualidade de vida”, no pouco tempo que lhes restam para sua sobrevivência, bem como livrar-se das amarras públicas e das instituições financeiras.

De sorte que o STF, com base nas jurisprudências pacificadas pelo STJ, sobre “revisão da vida toda”, deveria acatar as decisões daquela Corte, evitando que as mesmas sejam mais uma judicialização desnecessária, resultando num alto custo ao judiciário, executivo e as partes.

Quanto ao julgamento do Tema 1102, da Repercussão Geral, realizado em 11/6/2021, somos sabedores de que a votação estava empatada em cinco a favor e cinco contra, ocasião em que ficou para o Ministro Alexandre de Moraes o “voto minerva”, mas ele pediu “vista do voto”, solicitando que o julgamento retornasse de forma presencial, com as sessões plenárias retomadas em 2/8/2021, até a presente data estagnado “tempo de gaveta”.

No que diz respeito à revisão referente ao Plano Real, somos sabedores de que a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu por unanimidade que no cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria, para os segurados filiados à previdência social até 28/11/1999, levando em consideração a média dos maiores salários de contribuição, correspondente a 80% (oitenta por cento) de todo período contributivo, anteriores à competência de julho de 1994, com isso, proporcionando ao segurado a maior renda mensal possível, ou seja, mais vantajosa.

Ainda, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE 630.501-RS, decidiu que o prazo decadencial de 10 (dez) anos, previsto no art. 103, da Lei nº 8.213/1991, não deverá ser aplicado em relação ao pedido de reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso.

Não obstante, observamos que a maioria dos artigos da espécie notícia divulgados nas redes sociais vem sustentando que o prazo decadencial é de 10 (dez) anos, a partir da data do primeiro pagamento dos proventos da aposentadoria, admitindo uma perspectiva que não é favorável ao segurado do INSS, data vênua, o que discordamos.

Pois, conforme já expusemos, o STF no julgamento do RE 630.501-RS decidiu que o prazo decadencial de 10 (dez) anos, previsto no art. 103, da Lei nº 8.213/1991, não se aplica ao aposentado, no sentido de que o pedido revisional não tem prazo decadencial, conforme mencionamos trata-se de direito adquirido, não havendo nenhum óbice no que diz respeito ao lapso temporal da sua pretensão.

Além disso, cada ação contém um modo de pedir distinto das demais ações, por exemplo, aqueles pedidos revisionais solicitados na esfera administrativa ao INSS sem nenhuma resposta que ultrapasse o prazo decadencial estão garantidos, considerando que o órgão público não cumpriu uma “obrigação de fazer”.

Diante disso, o aposentado, com base na tese do REsp nº 1.596.203/PR, nas demandas como causa de pedir, solicitou que fosse adotado o cálculo com base na regra definitiva prevista no art. 29, I e I da Lei 8.213/1991, na apuração do salário benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.

Nas redes sociais, demandas e na doutrina temos nos posicionado no sentido de que o aposentado neste País é um “boi de piranha” das anomalias decorrentes do institucionalismo, em que prevalece o marketing institucional em detrimento da realidade dos fatos, a exemplo do que ocorre com os baixos proventos dos aposentados no Brasil após sujeitar-se a uma escravidão moderna das sociedades empresariais privadas durante décadas consolidada pelo INSS quando da aposentadoria.

De fato, o aposentado com objetivo de reparar uma injustiça institucional imposta pelo INSS, inclusive pelas sociedades empresariais privadas, legislativo, executivo e judiciário, tem procurado o judiciário, a exemplo do que ocorreu com a desaposentação, reaposentação e o ADI 6025/DF e atualmente, conforme temos conhecimento, no julgamento virtual do Tema 1102, da Repercussão Geral, realizado em 11/6/2021, da “revisão da vida toda”, do Recurso Extraordinário - RE nº 1.276.977/RG-DF, Relator Ministro Marco Aurélio.

Com isso, o STF em não julgar favoravelmente aos aposentados acobertará as anomalias institucionais do legislativo e do poder executivo na elaboração de normas em prol do aposentado que, na verdade, o executivo não tem nenhum interesse em aumentar despesas com gastos previdenciários a fim de não contrariar a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), quando da elaboração do Orçamento Anual.

Vale ressaltar que o suposto rombo de que se fala ocasionado pelos beneficiários do INSS, oriundos das sociedades empresárias privadas, talvez das governanças corporativas públicas, bem como o impacto financeiro que expõe o INSS no RE nº 1.276.977/RG-DF, data vênua, não tenha sido maior do que o custo do judiciário pela judicialização, bem como do aumento da carga tributária em decorrência da falta de controle dos gastos públicos.

Além do mais, pergunta-se: os elevados gastos públicos sem controle que ocasionaram os aumentos da carga tributária para cobrir Orçamento Anual são menores que qualquer reajuste dos proventos da aposentadoria? Acreditamos que não, pois as revisões são específicas e o rombo em relação aos reajustes que constam nas peças do RE nº 1.276.977/RG-DF não traduzem uma realidade, aliás, é no mínimo discutível.

Assim, reportando-nos sobre o direito conquistado pelo aposentado junto ao STJ, é bom lembrar que o STF, no julgamento do RE nº 630.501, de 2013, já se manifestou favoravelmente reconhecendo o direito do segurado ao recebimento de prestação previdenciária mais vantajosa entre aquelas cujos requisitos se cumprem.

Ainda, sobre o prazo decadencial de 10 (dez) anos, previsto no art. 103, da Lei nº 8.213/1991, acredito ser uma área cinzenta que o STF terá oportunidade de agir com justiça favorecendo o aposentado. Nesse contexto, observa-se que há uma derrama de decisões judiciais em todos graus de jurisdição, tais como: Tema 313, do STF, da Repercussão Geral RE nº 626.489 - SERGIPE, Tema 544, do STJ, Tema 214, do STJ, entre outros, a exemplo de recursos, embargos infringentes.

Além disso, foi publicada em 8/7/2021 a Apelação Civil nº 5013042-92.2018.4.04.7003/PR, conforme decisão de 6/7/2021, do TRF da 4ª Região, cuja ementa discorre sobre o Tema 313/STF, Tema 975/STJ, Tema 966/STJ, ocasião em que foi negado provimento à apelação, resumindo nada favorável ao autor que é aposentado sobre o prazo decadencial.

Assim, diante dessa derrama de decisões, o saudoso Professor Alfredo Augusto Becker diria que estaríamos diante de um “Manicômio Jurídico”; naquela época não havia surgido a Ciência das Finanças Públicas, notadamente orçamento público, hoje requer do gestor conhecimento para sua aplicação.

Enfim, quanto a questão do prazo decadencial entendemos que deveria ter como parâmetro o princípio da isonomia em relação ao tempo que o segurado precisou no sentido de obter o benefício; com isso, qualquer revisão teria paridade com o tempo conquistado pelo segurado e não de eternização como mencionam os tribunais, inclusive do STF, não é demais lembrar que: “A regra jurídica é um instrumento e a sua criação uma Arte” (Alfredo Becker).

Ainda, a tese da “revisão da vida toda” tem o parecer favorável do Procurador-Geral da República Augusto Ara, o qual sustenta que não levar em consideração os recolhimentos das contribuições anteriores a julho de 1994 contraria o direito ao melhor benefício, e concluiu pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto pelo INSS e manutenção da tese fixada pelo STJ.

Não obstante, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autor do RE nº 1.276.977, de 5/8/2020, no julgamento de 27/8/2020, irredutível, interpôs o referido RE contrário ao direito ao Segurado da “revisão do benefício mais favorável”, sob alegação da repercussão econômica ocasionando impacto financeiro decorrente da imediata aplicação da tese, oriundo das aposentadorias por tempo de contribuições, por exemplo, 16,4 bilhões para os últimos cinco anos.

Ora, se o que se pretende com tal argumento é a diminuição dos gastos, pergunta-se: Por que não começar diminuindo os gastos públicos? Pois somos sabedores de que a falta de controle dos gastos públicos é que ocasiona impactos financeiros no orçamento da União, resultando inclusive no aumento da carga tributária bruta que é atualmente estimada em 31,64% (trinta e um inteiros e sessenta e quatro centésimos por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) em 2020.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 23, de 2021, conhecida como PEC dos Precatórios do Governo Federal, foi apresentada em 10/8/2021 junto à Câmara dos Deputados, e o Ministro Paulo Guedes esclarece que no exercício de 2021 será gasta a quantia estimada em R\$54,4 bilhões com pagamentos de condenações de sentenças judiciais, não obstante, para o exercício de 2022 estima-se que R\$89,1 bilhões serão necessários.

Além disso, menciona que os recentes impactos fiscais, regulamentação da Renda Básica Universal por sugestão do Fundo de Erradicação da Pobreza resultarão num gasto de R\$93,7 bilhões; por esse motivo, pretende-se evitar um colapso financeiro e da máquina pública diante do exaurimento dos recursos discricionários das despesas de condenações judiciais.

De maneira que, para que possamos entender o que está ocorrendo com o orçamento da União é necessário um estudo mais detalhado sobre finanças públicas. No Brasil, em termos comparativos, somos sabedores de que a gestão das empresas privadas é mais profissional do que a gestão da administração pública.

Enfim, é notório que no orçamento público as despesas são orçadas por meio de receitas que poderão cobrir os gastos, havendo um equilíbrio ou não; com isso, quando mal administrado, gera um déficit, o que não ocorre com a gestão das empresas privadas, pois as receitas condicionam os desembolsos para pagamento de despesas, enquanto na gestão pública são as despesas, isto é, os gastos que determinarão o valor da receita.

Diante disso, prevalecer de um mecanismo constitucional para cobrir uma ingerência das finanças públicas sob alegação que estaria ajudando a camada mais necessitada da população, mas prejudicando outra parte da população também necessitada é na verdade um calote de quem diz “devo não nego, pago quando puder”.

De fato, vários brasileiros estão em situações lastimáveis esperando pelo recebimento dos precatórios, a exemplo dos aposentados que litigaram durante décadas e com risco de aumentar ainda mais o tempo do tão esperado precatório, isto é, a proposta não tem sentido lógico-jurídico tampouco ético e de justiça.

Em outras palavras, em relação aos rombos da previdência, supostamente o aposentado é um verdadeiro “boi de piranha”, em que as governanças públicas do País, com objetivo de sensibilizarem a opinião pública, utilizam argumentos de que os aumentos nos benefícios da aposentadoria trariam impactos financeiros à União, conforme presenciamos no julgamento do Tema 1102 no STF.

Nesse caso não cabem precatórios, a exemplo de outras ações, mas a administração pública não satisfaz o credor na sua obrigação de pagar tão somente por ingerência da mesma, ou podemos classificá-lo como “calote diferido”?

Enfim, o legislativo prevalecerá de um mecanismo constitucional para cobrir uma ingerência das finanças públicas sob alegação que estaria ajudando a camada mais necessitada da população, no entanto, injustamente, prejudicará outra parte da população também necessitada, em outras palavras, na verdade entendemos que é a institucionalização do calote na administração pública: “devo não nego; pagarei quando puder”. (Paulo Guedes)

É do nosso conhecimento que diante da indisponibilidade e impenhorabilidade do bem público, a execução contra Fazenda Pública possui regime jurídico próprio, diferente do procedimento expropriatório previsto para os entes privados, ou seja, com base no regime constitucional dos precatórios, que viabiliza a inclusão das dívidas judiciais no orçamento, conseqüentemente, com respectivo pagamento no exercício financeiro subsequente.

Assim, o artigo 100, §§2º e 3º, da CF/1988, na hipótese de idoso acima de 60 anos ou pessoa portadora de doença grave, o precatório será incluso em ordem preferencial de pagamento, em valor de até 180 (cento e oitenta) salários mínimos, sendo que o saldo remanescente deverá ser conforme a ordem cronológica de apresentação do precatório.

O presente artigo de opinião possui um compacto de nossos artigos publicados em relação aos aposentados com objetivo de dar melhores esclarecimentos ao leitor. Nesse contexto, concluímos que os gastos públicos os quais não foram controlados ocasionaram um rombo no orçamento da União, que equivocadamente são imputados aos aposentados, tão somente pela falta de controle das Governanças Corporativas Públicas.

Por sua vez, o executivo, o legislativo e o judiciário, ao se pactuarem com a má administração pelo exaurimento dos recursos discricionários das despesas e com as amarras do devido processo legal, acabam penalizando os aposentados, data vênua, tal compartilhamento institucional procrastina e impede direitos líquidos e certos dos aposentados.

No âmbito da criminologia, aquelas pessoas de respeito e *status* social elevado no exercício da sua ocupação poderão estar cometendo crime de prevaricação, crime contra a ordem tributária e o crime do colarinho branco (*white collar crimes*).

Pois nessa perspectiva, o comportamento criminoso pode ser considerado um sintoma de dissociação social entre aspirações culturais e políticas e os meios institucionais dos poderes públicos no contexto do “paradigma etiológico” e da “reação social”.

JUIZ DAS GARANTIAS E SUA APLICAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI

ALEXANDRE JOSÉ NEVES SANTANA:
Graduando em Direito pela Faculdade de
Petrolina - FACAPE

ANDRÉ LIMA CERQUEIRA¹

(orientador)

RESUMO: O objetivo do presente artigo, é analisar a compatibilidade do Juiz das Garantias, inserido no Código de Processo Penal, pela Lei nº 13.964/2019 (pacote anticrime), no âmbito do Tribunal do Júri, como um assegurado dos direitos e garantias fundamentais do réu. O artigo parte inicialmente da verificação da sua implementação e efetividade no Chile. Em seguida, considerando a justificativa utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela inaplicabilidade do Juiz das Garantias no rito dos crimes dolosos contra a vida, será apresentado, através de pesquisa bibliográfica, diversos atos processuais, constantes no ordenamento jurídico, que são proferidos pelo Juiz de Direito, evidenciando, assim, a necessidade da sua aplicação no Tribunal do Júri.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Acusatório. Juiz das Garantias. Tribunal do Júri.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the compatibility of the Judge of Guarantees, inserted in the Code of Criminal Procedure, by Law nº 13.964/2019 (anti-crime package), within the scope of the Jury Court, as a guarantor of the fundamental rights and guarantees of the defendant. The article is part of the verification of its implementation and effectiveness in Chile. Then, considering a justification used by the Supreme Federal Court, which decided that the Judge of Guarantees was inapplicable in the rite of intentional crimes against life, several procedural acts, contained in the legal system, that are rendered by the Judge of Law, evidencing, thus, the necessity of its application in the Court of the Jury.

KEYWORDS: Accusatory System. Guarantee Judge. Jury Court.

1 INTRODUÇÃO

O Processo Penal brasileiro passou, ao longo dos anos, por diversas modificações legislativas, sobretudo, quando houve a promulgação da Constituição Federal de 1988.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor da Faculdade de Petrolina – FACAPE.

Defensor Público do Estado da Bahia. Contato: andre.cerqueira@prof.facape.br

Desde então, intensificou-se no Brasil, por diversos juristas, uma construção doutrinária, a qual resultou na elaboração de projetos de lei que visassem estruturar o sistema processual de acordo com os direitos e garantias fundamentais insculpidos, sobretudo, no art. 5º da Carta Magna. Assim, recentemente, fora aprovada a Lei nº 13.964/2019, que coloca de forma expressa o modelo Acusatório no art. 3-A do Código de Processo Penal, com a devida distinção de quem acusa, defende e julga, vedando a iniciativa oficiosa do juiz, na produção de provas e na decretação de medidas reais e pessoais, sem que haja a provocação pelos órgãos de persecução penal.

Na mesma linha, foi instituído no art. 3-B ao 3-F do CPP, a figura do Juiz das Garantias, instituto já implementado no ordenamento jurídico de diversos países, inclusive da América Latina, como a exemplo do Chile. O Juiz das Garantias no Brasil, atuaria perfazendo o controle da legalidade e prestando jurisdição durante a fase pré-processual, ficando impedido de atuar na fase processual, o que evitaria uma possível contaminação cognitiva do magistrado no julgamento da causa.

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal, através de decisão cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), 6.298, 6299, 6300 e 6305, proferida pelo Min. Luiz Lux, em substituição a decisão do Min. Dias Toffoli, suspendeu a aplicabilidade do Sistema Acusatório e do Juiz das Garantias por tempo indeterminado, sob a justificativa de que a norma violaria o art. 96 da CF/88, bem como argumentou pela inaplicabilidade do instituto no rito do Tribunal do Júri, sob o fundamento de que, o veredicto fica a cargo de um conselho de sentença, o que por si só, seria um fator de reforço da imparcialidade.

No entanto, não se pode negar a possibilidade de o Juiz presidente participar direta ou indiretamente do julgamento, como é o caso do art. 492, §1º do Código de Processo Penal, em que ele profere sentença em plenário, caso haja a desclassificação do delito. Além disso, o magistrado é o competente para pronunciar o réu, com base no art. 413 do CPP, submetendo-o a plenário, entregando a pronúncia aos jurados, conforme art. 472, parágrafo único do CPP, o que fatalmente poderá exercer influência e convencer os jurados.

Em razão disso, evidencia-se a necessidade de estudar, de forma qualitativa e exploratória, o Juiz das Garantias, sob a perspectiva do sistema acusatório, vislumbrando-se, através da pesquisa bibliográfica, os argumentos contrários e favoráveis à sua aplicação nos crimes dolosos contra a vida. Dessa forma, busca-se verificar como o tema é tratado no ordenamento jurídico de países latino-americanos, a exemplo, o Chile, bem como, vê-se necessário analisar quais os atos processuais no rito dos crimes dolosos contra a vida, são decididos pelo Juiz de Direito, concluindo pela sua aplicação efetiva no Tribunal do Júri, que é uma das maiores instituições do Estado Democrático de Direito.

2 JUIZ DAS GARANTIAS E SUA APLICAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI

2.1 A EXPERIENCIA CHILENA E A NECESSÁRIA IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO BRASIL

A história da América Latina, sempre foi marcada pelo autoritarismo decorrente de uma perversa exploração implementada pelos países europeus, países esses que tornaram diversas nações da América do Sul suas colônias de exploração. Nesse contexto, não foi diferente com o Chile, este vivenciou uma ditadura militar entre os anos de 1973 e 1990, tendo como resultado a morte e prisão de milhares de pessoas. O povo chileno, à época, era governando pelo presidente Salvador Allende, quando este foi duramente deposto e morto, resultando na chegada ao poder, do general Augusto Pinochet. (CARVALHO; MILANEZ, 2020)

O Chile viveu, intensamente, sob um período nebuloso da sua história, com um poder arbitrário que legitimou o Estado autoritário a perseguir e punir diversas pessoas, ocasionando a supressão dos direitos e garantias dos cidadãos. Dentro dessa perspectiva, durante a ditadura, o processo penal chileno, não vislumbrou do seu melhor modelo, pois vigorou o sistema inquisitorial, em que não se tinha a distinção das funções de acusador e julgador. Nesse sistema o Juiz acumula tais poderes, o que permite ao magistrado a busca pelas provas que legitime o seu convencimento, muitas vezes condenando inocentes por mero cunho político.

Com isso, é possível observar que, esta forma de atuação, nitidamente causava uma contaminação cognitiva e, assim, por décadas, resultou no cometimento de injustiças perpetradas pelo Poder Judiciário.

Em síntese, com a derrubada do governo militar e a volta do regime democrático, muitas eram as reivindicações da população, dentre elas, o encerramento do sistema inquisitório, não mais compatível com a Democracia. Assim, com o passar dos anos, foram elaborados diversos estudos pelos juristas, sociedade civil e pelo parlamento chileno, resultando em 12 de outubro de 2000, na publicação do Código de Processo Penal chileno, inclusive como uma forma de legitimar a atividade estatal, sobretudo, o Poder Judiciário, tão descredibilizado pelos acontecimentos que permearam até a década de 1990.

No Chile, a nova legislação trouxe o instituto do Juiz das Garantias, ferramenta de grande valia para a implementação, de fato, do sistema acusatório, ocasionando uma mudança estrutural na justiça criminal, com investimentos financeiros em virtude da criação de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, cursos para a capacitação dos magistrados, além da criação específica do cargo de Juiz das Garantias, onde se faz necessária a aprovação em concurso público.

Esse fenômeno ocorrido no âmbito do processo penal chileno, foi construído sob vários pilares, dentre os quais, pode-se destacar no sistema chileno, a oralidade:

A base deste sistema de garantias é a introdução de um julgamento oral e público como um direito básico do acusado. O julgamento será realizado perante três juízes profissionais que não participam das etapas anteriores do processo. O promotor deve participar do julgamento apresentando as provas que sustentam a acusação e o réu, por sua vez, tem o direito de exercer sua defesa, confrontar as provas contra si e apresentar outras que o favoreçam. (RIEGO, 2000, p. 179)

Assim, o sistema acusatório chileno, que tanto preserva pela imparcialidade do julgador, foi, de forma plena, colocado em aplicabilidade, pois a investigação criminal, conduzida pela Polícia ou Ministério Público, passou a sofrer um controle de legalidade e fiscalização pelo juiz das Garantias, este, que além dessas atribuições, também possuiu o poder de decidir sobre diversas medidas necessárias, a fim de assegurar o bom andamento da persecução penal, seja pelo deferimento de prisões cautelares seja pela quebra do sigilo de dados, entre outros, com a sua atuação de ofício vedada, ou seja, sempre dependendo de provocação das partes, conforme a explicação a seguir:

a atividade das partes permite ao juiz se manter equidistante, alheio à investigação e à decisão sobre as provas que serão usadas no julgamento. Tudo isso concerne às partes, controladas pelo juiz de garantias. Ao juiz incube decidir, como terceiro imparcial. (CARVALHO; MILANEZ, 2020, p. 4)

Esse modelo visa preservar o direito do réu, de ser julgado por um juiz imparcial, que só terá contato com as provas tidas como necessárias ao julgamento da causa, na fase de instrução, o que, de fato, passou a não permitir que o mesmo magistrado que atuasse na fase investigativa, fosse o mesmo que sentenciasse o réu, rompendo com a chamada contaminação cognitiva, fortalecendo a prestação jurisdicional, permitindo um julgamento justo, com o respeito ao contraditório e a ampla defesa.

A evolução não ocorreu de forma instantânea, foi preciso um longo processo de transformação da mentalidade dos julgadores, para que pudessem se adequar as transformações que estavam prestes a serem implementadas no novo ordenamento jurídico, uma vez que, alterações legislativas por si só, não seriam capazes de promover mudanças, sobretudo, a cognitiva daqueles que compunham a máquina estatal. Ainda, é válido tratar que, de acordo com Eduardo Gallardo Frías, Juiz das Garantias no Chile, a mudança pode ser entendida da seguinte forma:

O exposto revela uma exigência fundamental para qualquer país que queira empreender com relativo sucesso um processo dessa magnitude: o maior desafio está em modificar a cultura curiosa. Se

uma reforma do processo penal não assume como principal desafio que a transformação cultural é o mais importante, qualquer reforma jurídica, por mais profunda que seja, estará destinada ao fracasso mais absoluto, já que a cultura inquisitiva mais cedo ou depois acaba impondo suas práticas milenares. (FRÍAS, 2020, p. 9, *tradução nossa*)

Assim, a implementação se iniciou pelas comarcas menores de forma gradativa, sendo ofertados cursos de capacitação e aperfeiçoamento aos juízes e servidores da justiça, bem como, incentivos a planos de aposentadorias, para aqueles que optassem por não fazer parte do novo sistema processual. (MAYA, 2018).

Dessa forma, com a adoção do sistema acusatório e como peça fundamental deste, o Juiz das Garantias, o Chile se tornou referência para diversos países, pois mostrou capacidade de promover mudanças estruturais e romper com a mentalidade inquisitorial, que tanto permeou no país e que ainda insiste em perdurar por diversas nações do mundo.

Não muito divergente da história chilena, o Brasil também sofreu em 1964, um golpe civil-militar que destituiu do poder o presidente João Goulart, resultando em mais de 25 anos de governo ditatorial, perseguindo e torturando, barbaramente, civis que se contrapuseram ao regime, além de suprimir a liberdade do cidadão.

No entanto, através da incansável luta pela volta da Democracia, o país retornou ao período democrático e promulgou em 1988, a Constituição Federal, que significou um marco histórico, pois assegurou, no seu art. 5º, I, XXXVII, LIII, LIV e LVII, respectivamente, isonomia processual, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e presunção de inocência. Além de estabelecer, no art. 129, I, expressamente, a função privativa de acusar ao Ministério Público e consagrou no art. 133, a Advocacia como essencial a Administração da Justiça.

Ocorre que, o Código de Processo Penal brasileiro é de 1941, não possuindo harmonia com a Carta Magna, por estabelecer formas de atuação ainda arraigadas ao sistema inquisitório. Foi com essa perspectiva de mudança, que a Lei nº 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime, trouxe algumas inovações, como o Sistema acusatório, de forma expressa no art. 3-A, e do Juiz das Garantias no art. 3-B ao 3-F, ambos no Código de Processo Penal.

A nova alteração legislativa, prevê que com a nova sistemática processual, será vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da sua atuação probatória ao órgão acusador, em seguida, aborda que o Juiz das Garantias será o responsável pelo controle de legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, e estabelece nos artigos subsequentes, a delimitação de sua atuação.

Para uma melhor compreensão, nas palavras de Lopes (2020, p. 58) o Sistema acusatório “é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive”

Assim, tanto o modelo acusatório, quanto o Juiz das Garantias se complementam, considerando que o Juiz das Garantias segundo Casara (2010, p. 170) “é o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades pessoais/liberdades individuais frente à opressão estatal, na fase préprocessual”.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em decisão cautelar em Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6305, tomada pelo Min. Toffoli e depois referendada pelo Min. Fux, suspendeu, a aplicabilidade do Juiz das Garantias, alegando que seria necessária uma reorganização da justiça no país, tornando-a inviável realizar-se em tempo hábil, assim, a aplicação do instituto encontra-se até o momento sem surtir efeitos na esfera judiciária brasileira.

2.2 O PAPEL DO JUIZ NO TRIBUNAL DO JÚRI: POR QUE NÃO APLICAR O SISTEMA ACUSATÓRIO?

Na decisão do Supremo Tribunal Federal, um outro argumento utilizado foi de que o Juiz das Garantias, não deveria ser aplicado no rito do Tribunal do Júri por este se tratar de um órgão colegiado, em que o veredito fica a cargo do conselho de sentença, o que por si só, representaria um reforço da imparcialidade

Esse entendimento, encontra respaldo, até mesmo na doutrina processualista moderna, na qual se entende que não seria necessária a nova regra legislativa no júri, conforme defende Pacelli (2020, p. 1303) “não parece necessária a aplicação da regra de impedimento do juiz da investigação, dado que não caberá ao juiz togado a decisão efetiva sobre a condenação ou sobre a absolvição do acusado”.

Como mencionado na seção secundária anterior, para que haja uma mudança estrutural, apenas a alteração da lei não se mostra eficaz. Dessa forma, é preciso que os poderes da república sejam ocupados por aqueles que não entendam ser o garantismo, um sinônimo da impunidade, e atuem no sentido de mudar a lógica inquisitorial perpetrada, que transforma o poder judiciário em um sistema com objetivo de apenas exercer a política do encarceramento e a injustiça, não garantindo ao cidadão, o juízo natural e a imparcialidade, que estão insculpidas na legislação brasileira, imprescindíveis no mundo contemporâneo.

A Constituição Federal, no art. 5º, XXXVIII, reconhece a instituição do júri, assegurando a plenitude de defesa; sigilo das votações; a soberania dos veredictos e a competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, como o homicídio, infanticídio, aborto e induzimento, instigação e auxílio ao suicídio ou à automutilação, ambos tipificados no Código Penal, assim, Walfredo Cunha Campos ensina que o Tribunal do Júri:

é um órgão especial do Poder judiciário de primeira instancia, pertencente a justiça comum, colegiado e heterogêneo – formado por um juiz togado, que é seu presidente, e por 25 cidadãos -, que tem competência mínima para julgar os crimes dolosos praticados contra a vida, temporário (porque constituído para sessões, tomadas de maneira sigilosa e inspiradas pela íntima convicção sem fundamentação, de seus integrantes leigos. (CAMPOS, 2013, p. 3)

A Carta Magna, consagrou os direitos e garantias fundamentais os quais não podem ser suprimidos ou retirados do ordenamento jurídico, apenas podem ser objeto de ampliação com o intuito de assegurar aos cidadãos, uma prestação jurisdicional efetiva, assim, diante das inovações legislativas no CPP, tais mudanças devem ser aplicadas no Tribunal do Júri, pois a justificativa daqueles que são contrários, não vislumbram de argumentos sólidos.

O Tribunal do Júri, é um órgão que, em regra, o veredicto fica a cargo do conselho de sentença, composto por 7 (sete) jurados. Com isso, vale ressaltar que, esse rito especial dos crimes dolosos contra a vida, possui, na maioria das vezes, a fase preliminar, na qual são instaurados o inquérito policial e as autoridades competentes, seja o delegado de polícia ou o promotor de justiça, fazem diversas representações e requerimentos ao magistrado, para que seja decretada, medidas mais invasivas como prisões preventivas, interceptações telefônicas e quebra de sigilos fiscais.

Nesse sentido, o Juiz do rito especial dos crimes dolosos contra a vida, possui uma atuação fundamental, dotada de atribuições que resultam na busca de provas de grande valor probatório. É válido ressaltar que, o magistrado que atua durante a investigação, é o mesmo que faz o juízo de admissibilidade da denúncia, rejeitando-a ou recebendo-a.

Logo, caso a denúncia seja recebida, será determinada a citação do acusado para a apresentação da resposta a acusação. Dessa forma, o togado conduzirá toda a instrução processual, chamada de sumario de culpa, procedendo, inclusive, com o interrogatório do réu e os depoimentos das testemunhas, e, ao final, ao seu livre convencimento, decidindo por desclassificar (art. 419), absolver sumariamente (art. 415, IV), impronunciar (art. 414) ou

pronunciar (art. 413) o réu, o levando ao plenário do júri, onde atuará, como juiz-presidente. (LIMA, 2020).

Posto isso, cumpre analisar de forma mais detalhada as decisões que competem ao juiz de direito. Inicialmente, examinaremos o art. 414 do CPP, em que encerrado o sumário de culpa, e após as alegações finais das partes, o magistrado que não estiver convencido da materialidade ou dos indícios de autoria ou participação, deverá impronunciar o réu. Dessa forma, essa decisão é interlocutória, porque não aprecia o mérito da acusação, portanto, não decide se o réu é culpado ou inocente, somente põe fim a uma fase procedimental, não acarretando a extinção da punibilidade, podendo, a qualquer momento, com o surgimento de novas provas, ser formulada nova denúncia.

Entretanto, em caso de entendimento contrário, o magistrado pode ainda, com base no art. 415 do CPP, absolver sumariamente o réu, se convencido da inexistência do delito, ou provada a negativa de autoria ou participação, essa decisão, produz coisa julgada material e formal, pondo fim ao processo com a consequente extinção da punibilidade. Logo, caso surjam novas evidências ou provas, após a decisão de absolvição sumária, aquele que respondia a acusação, não poderá ser novamente processado pelo mesmo fato. (LIMA, 2020)

De acordo com Nucci (2020, p. 1215) a desclassificação da infração penal, art. 419 do CPP, "é a decisão interlocutória simples, modificadora da competência do juízo, não adentrando o mérito, nem tampouco fazendo cessar o processo". Em síntese, quando o magistrado entende que a prática delituosa não diz respeito aos crimes dolosos contra a vida, este remete os autos ao juízo competente, como a exemplo de uma denúncia por tentativa de homicídio, mas que ao longo de toda a fase instrutória, ficou demonstrado que na verdade se tratava de uma lesão corporal, mas, caso a desclassificação seja a tese acolhida pelo conselho de sentença, conforme art. 492, §1º do CPP, caberá ao juiz-presidente do Tribunal do Júri, proferir a sentença logo em seguida. (LIMA, 2020)

Por fim e, não menos importante, encerrado o sumário de culpa, ou seja, a primeira fase do rito dos crimes contra a vida, tem-se a decisão de pronúncia, prevista no art. 413 do Código de Processo Penal. Essa representa o acolhimento provisório, por parte do magistrado da pretensão acusatória, determinando que o réu seja levado à julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo assim, pode ser compreendida como uma decisão que não produz coisa julgada material, uma vez que pode haver desclassificação para outro crime, quando assim, for colocada a tese pela defesa ou acusação, e os jurados proferirem veredicto desclassificando o delito. (LOPES, 2020)

Um outro problema encontrado, não é apenas a fundamentação da decisão de pronúncia, pois além desta ser proferida pelo juiz que presidirá os trabalhos no plenário, é entregue uma cópia aos jurados, os quais, na maioria das vezes, não possuem

conhecimento técnico para compreendê-la, além de não ser permitido as partes explicarem aos jurados todos os motivos que ensejaram a decisão interlocutória, conforme Lopes (2020, p. 1252) “especial cuidado deve ter o julgador na fundamentação, para não contaminar os jurados, que são facilmente influenciáveis pelas decisões proferidas por um juiz profissional e, mais ainda, por aquelas proferidas pelos tribunais”.

Importante frisar que há a possibilidade do aparte regulamentado, consoante dispõe o art. 497, XII do CPP, ao magistrado que preside os trabalhos, cabe a este regulamentar os debates e intervenções de uma das partes quando a outra estiver com a palavra, podendo vir a conceder até 3 (três) minutos para aparte daquele que tiver requerido, sendo esse tempo acrescido ao tempo de peroração de quem foi apartado. Sendo assim, esta é mais uma das tantas formas de que o juiz presidente pode exercer influência, ainda que de maneira inconsciente, no plenário e sob os olhares atentos dos jurados.

Assim, a atuação de um único magistrado, durante todo o processo, tomando decisões que muitas vezes servem como referência para os juízes do conselho de sentença, rechaça a tese do STF, de que a absolvição ou condenação, fica totalmente a cargo do conselho de jurados. Caso a decisão do Supremo Tribunal Federal se mantenha, significaria favorecer a ilegalidade, e a até mesmo, a representação de um tribunal de exceção, pois o magistrado no momento de proferir uma decisão em relação ao réu, já estaria com a sua íntima convicção contaminada, em virtude da sua atuação ao longo de toda a persecução penal.

2.3 A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DO JÚRI

De acordo com Paulo Rangel,

o tribunal do júri é um espaço dentro do qual são tratados direitos fundamentais do homem, tais como a vida e a liberdade, para não dizer na dignidade da pessoa humana e do poder que o povo exerce ao julgar, deve merecer uma releitura à luz dos direitos fundamentais que não pode ser despido de tais direitos e, conseqüentemente, das garantias necessárias à efetivação dos mesmos. (RANGEL, 2018, p. 255)

Com base nisso, levando em consideração o rito bifásico do Tribunal do Júri, dividido em sumário da culpa e plenário, ambos presididos por um juiz de direito o qual desempenha papel fundamental, e as alterações no Código de Processo Penal, no que se refere ao Sistema acusatório e o Juiz das Garantias, outro não seria o caminho da legalidade, senão a aplicação da mudança legislativa a esse rito.

A inserção no Tribunal do Júri se mostra plenamente possível, basta delimitar o momento de atuação dos juízes durante a persecução penal. Inicialmente, durante a fase preliminar, em que ocorrem as primeiras diligências em busca da autoria e da materialidade do fato delituoso, teríamos o magistrado das garantias, em que ficaria prevento desde o momento do recebimento do auto de prisão em flagrante ou comunicação da instauração do inquérito, até o recebimento da denúncia.

Após o recebimento da inicial acusatória, o magistrado que atuasse fazendo o controle de legalidade da investigação e tendo contato com diversas provas se afastaria, pois estaria impedido de atuar durante o sumário de culpa, delimitando apenas as provas que fossem imprescindíveis a instrução processual, permanecendo os autos acautelados na secretaria do juízo, conforme Rogério Sanchez Cunha:

Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juiz, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. (CUNHA, 2020, p. 100)

Assim, conforme Queiroz (2020), o art. 75, parágrafo único, e art. 83, ambos do CPP, estariam revogados de forma implícita, pois estes previam a atuação de apenas um único magistrado, o qual ficava prevento para atuar durante a ação penal, sempre que decidisse durante as investigações.

Quando se trata de organização judiciária, para a implementação do juiz das garantias, isso poderá ser resolvido caso haja vontade política por parte daqueles que ocupam os cargos públicos nos três poderes da república. Conforme Moreira (2020), o juiz das garantias seria designado de acordo com as normas de organização judiciária, tanto da União, como dos Estados e do Distrito Federal, com base em critérios objetivos que seriam divulgados frequentemente pelo respectivo tribunal competente.

Ademais, nas comarcas que possuem apenas um magistrado, seriam criados um sistema de rodízio de juízes, com o intuito de pôr em prática a nova sistemática. É válido ressaltar que, essa forma de rodízio não enfrentaria grandes barreiras, considerando a globalização tecnológica e a virtualização cada vez maior dos processos nos diversos tribunais do país.

Desta feita, para o sumário de culpa, seria designado um novo magistrado e, ao final, após as alegações finais, o magistrado tomaria uma das decisões relatadas no capítulo anterior e, caso pronunciasse o réu, presidiria os trabalhos no plenário do júri, evitando que

a função fosse exercida por um juiz contaminado pelo inquérito, rechaçando o famigerado modelo inquisitório, e reafirmando no Processo penal brasileiro, o Sistema acusatório.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em tudo que foi exposto, é de se concluir que, o ordenamento jurídico, sobretudo, o Código de Processo Penal brasileiro, possui uma dissonância com a Constituição Federal e, conseqüentemente, com os direitos e garantias fundamentais que todo cidadão faz jus, isso se justifica muito em virtude da mentalidade inquisitorial decorrente de períodos conturbados da história brasileira.

Assim, faz-se necessário levar adiante as alterações promovidas pela Lei. nº 13.964/2019, onde de forma expressa foi inserido no nosso sistema processual, o Sistema Acusatório e o instituto do Juiz das Garantias, seja nos ritos comuns, seja nos ritos especiais, sobretudo, nos crimes dolosos contra a vida, objetivando, sempre que possível, assegurar o contraditório e a ampla defesa, com o intuito de que o princípio da imparcialidade seja o norteador das decisões dos órgãos julgadores, diminuindo dessa forma, a possibilidade de que o juiz presidente funcione como uma espécie de oitavo jurado no plenário do Júri e, conseqüentemente, a probabilidade de que a sua postura influencie na decisão do conselho de sentença.

Desta feita, com as mudanças no Código de Processo Penal, é preciso que essas vigorem, com a sua urgente aplicação durante toda a persecução penal, tanto na fase investigativa, quanto na fase instrutória e de julgamento no Plenário do Tribunal do Júri, para que a aplicação da lei esteja em consonância com o princípio da imparcialidade, e de fato, o sistema inquisitorial e punitivista seja rechaçado, fazendo imperar no Brasil, o sistema acusatório.

Ressaltando-se, que a implementação no Brasil, assim como fora feita no Chile, haverá de ser gradativa, pois não basta apenas a mudança legislativa, é imprescindível que a mentalidade dos atores processuais que atuam e compõe a justiça criminal no país, passe por uma mudança profunda, em que estes operem para preservar os direitos frente ao Estado, pois caso contrário, teremos apenas uma legislação moderna, mas que não exerce imperatividade.

REFERÊNCIAS

ABNT NBR 6028:2003 **Resumo**. Disponível em:
<<http://www.ufrgs.br/cursopgdr/download/NBR6028.pdf>> Acesso em: 29 maio 2021.

ABNT NBR 6024:2012. **Numeração progressiva das seções de um documento**. Disponível em: <https://www.bm.edu.br/wp-content/uploads/2018/10/ABNT_NBR-6024-2012.pdf> Acesso em: 29 maio 2021.

ALVES, Magda. **Como escrever teses e monografias**. Rio de Janeiro: Editora Campus Ltda, 2003

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: da Presidência da República. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 26 abr. 2021.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri**, teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, L. G. G. C. de; MILANEZ, B. A. V. **O Juiz das Garantias Brasileiro e o Juiz de Garantias Chileno**: Breve olhar comparativo. Disponível em:
<<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5645/Juiz%20de%20garantias%20brasileiro%20e%20juiz%20de%20garantias%20chileno.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>
Acesso em: 29 de abr. 2021.

CASARA, Rubens R. R. **Juiz das Garantias**: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão. In: COUTINHO, J. N. de M.; CARVALHO, L. G. G. C. de (Org.). **O Novo Processo penal à Luz da Constituição**. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA, Rogério Sanchez. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019**: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020.

FRÍAS, Eduardo Gallardo. **La reforma al proceso penal chileno y el juez de garantía**. Boletim Especial. IBCCRIM. Ano. 28, nº 330, maio 2020, p. 7-10. Disponível em:
<<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/40/2>> Acesso em: 29 de abr. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MAYA, André Machado. **O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal**: o contributo das reformas processuais penais latinoamericanas à reforma processual penal brasileira. Novos

Estudos. v. 23. N. 1, 2020, p. 71 a 88. Disponível em:
<<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036/7452>> Acesso em 29 de abr. de 2021.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Quem tem medo do Juiz das Garantias?** Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/795192344/quem-tem-medo-do-juiz-dasgarantias>> Acesso em: 29 de abr. de 2021

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

QUEIROZ, Paulo. **Juiz das Garantias**: introdução. Disponível em:
<<https://www.pauloqueiroz.net/juiz-das-garantias-introducao/>> Acesso em: 29 de abr. de 2021

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: visão linguística, histórica e jurídica**. 6. ed. rev., ampli. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

RIEGO, Cristiàn. Chile. In: MAYER, Julio; AMBOS, Kai; WOISCHNIL, Jan (coord.). **Las reformas Procesales penales em América Latina**. Buenos Aires: Ad hoc, 2000.

Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 6.298/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>> Acesso em: 30 de abr. de 2021.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E A (IN) EFICÁCIA DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS NA LEI Nº 11.340/2006

CAROLINA CARDOSO SOUZA:

Advogada. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

RESUMO: O presente trabalho imbuí-se do objetivo de analisar a Lei Maria da Penha, bem como a eficácia das medidas protetivas de urgência definidas na Lei nº 11.340/2006, além de buscar possíveis soluções para esta problemática. O tema possui grande relevância, tendo em vista que está sempre em repercussão, além de que, no ano de 2020, completou quatorze anos desde a promulgação da Lei Maria da Penha e, apesar de ter um caráter temporário, ainda observa-se um longo caminho para atingir seu objetivo de erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher. Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se como metodologia a análise doutrinária e jurisprudencial acerca desta temática. No desenvolvimento da pesquisa, há uma análise geral sobre a Lei nº 11.340/2006, bem como as alterações legislativas ocorridas. Em seguida, estudo sobre o atendimento pela autoridade policial, a assistência à vítima, bem como as medidas protetivas de urgência. Constata-se que para que as medidas protetivas tenham maior eficácia, uma solução seria ampliar a concessão de medidas protetivas pelo Delegado de Polícia. Ademais, as alterações legislativas feitas na Lei Maria da Penha desde sua promulgação caminham em busca de sua maior eficácia, bem como os mecanismos criados para dar maior assistência à vítima e, conseqüentemente, maior proteção.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Medidas protetivas. Violência doméstica. Ineficácia.

ABSTRACT: The present work is imbued with the objective of analyzing the Maria da Penha Law, as well as the effectiveness of the emergency protective measures defined in Law nº 11.340 / 2006, in addition to seeking possible solutions to this problem. The theme has great relevance, considering that it is always in repercussion, besides that, in 2020, it completed fourteen years since the promulgation of the Maria da Penha Law and, despite having a temporary character, there is still a long way to achieve its goal of eradicating domestic and family violence against women. For the development of the research, it was used as methodology the doctrinal and jurisprudential analysis about this theme. In the development of the research, there is a general analysis about Law nº 11.340 / 2006, as well as the legislative changes that have occurred. Then, a study on assistance by the police authority, assistance to the victim, as well as emergency protective measures. It appears that for the protective measures to be more effective, a solution would be to expand the concession of protective measures by the Police Chief. In addition, the legislative changes made to the Maria da Penha Law since its enactment are in search of greater effectiveness,

as well as the mechanisms created to provide greater assistance to the victim and, consequently, greater protection.

Keywords: Maria da Penha Law. Protective measures. Domestic violence. Ineffectiveness.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.340/2006, amplamente conhecida como “Lei Maria da Penha”, completou 14 (quatorze) anos em 2020 e foi criada com a intenção de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Ficou conhecida pelo nome de “Maria da Penha” em homenagem a luta da cearense Maria da Penha Maia Fernandes em conseguir a condenação de seu agressor.

A cultura patriarcal causa desigualdades em todos os lugares e, no Brasil, ainda se encontra um machismo muito exacerbado. Embora as mulheres já tenham conseguido bastante conquistas, como em mercado de trabalho, profissões e direitos, ainda há muito machismo enraizado em nossa sociedade e isso reflete na relação de violência contra a mulher.

Na maioria dos casos de violência contra a mulher, as agressões ocorrem dentro de casa por homens de seu convívio. Além disso, a violência é frequente, não se tratando de um caso isolado, inclusive, o comportamento do agressor pode ser percebido em formato de um ciclo de violência, o qual sempre é repetido.

Dentro desse contexto, a Lei Maria da Penha é considerada uma das melhores do mundo no enfrentamento à violência doméstica, título este reconhecido pela Organização das Nações Unidas. Em contrapartida, o Brasil é um dos países com maior taxa de feminicídio.

A Lei elencou nos seus artigos 22, 23 e 24 as chamadas “medidas protetivas de urgência” com o objetivo de atender aos interesses da vítima, e, diante do dado acima, questiona-se a eficácia das medidas protetivas estabelecidas no âmbito da Lei nº 11.340/2006.

O referido tema foi escolhido porque trata-se de uma temática em voga, bem como é curioso que a Lei Maria da Penha, uma ação afirmativa, ou seja, situação em que se permite que o Estado adote medidas especiais de caráter temporário, já têm 14 anos desde sua promulgação e ainda há um longo caminho a ser percorrido em relação a diminuição de violência contra a mulher.

Com efeito, a presente pesquisa buscou reunir dados para responder o seguinte problema levantado diante da Lei em análise: Há eficácia nas medidas protetivas estabelecidas no âmbito da Lei nº 11.340/2006? A partir disso, buscou-se também

responder as seguintes questões: A Autoridade Policial precisa de maior poder em relação as medidas de urgência? As alterações legislativas no contexto da Lei Maria da Penha trouxeram maior eficácia?

O objetivo do presente trabalho será analisar a Lei Maria da Penha, bem como a eficácia das medidas protetivas de urgência definidas na Lei nº 11.340/2006 e buscar possíveis soluções para tal problema. Além disso, será observado o papel do Delegado de Polícia junto a eficácia de tais medidas de urgência.

A pesquisa analisará o território nacional. Ademais, para o desenvolvimento do presente trabalho, foram utilizadas pesquisas bibliográficas, sendo analisados artigos e livros sobre o tema, principalmente os seguintes autores: Thiago Garcia, Maria Berenice Dias, Flavia Piovesan, Nádia Gerhard, dentre outros. Além disso, legislações, enunciados e jurisprudência farão parte do feito.

O trabalho de conclusão de curso apresenta, de início, um breve contexto histórico sobre a Lei Maria da Penha. No capítulo seguinte, serão apresentados aspectos gerais sobre a mencionada legislação, dados estatísticos sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A próxima seção apresentará diversas alterações legislativas que a Lei Maria da Penha sofreu desde sua promulgação. Seção seguinte faz análise da aplicação deste diploma legal objeto do trabalho.

Em seguida será abordada a assistência à mulher, inclusive abordando alguns aplicativos eletrônicos utilizados na proteção da vítima, bem como casas de proteção. Ademais, o atendimento à vítima de violência doméstica e familiar pela autoridade policial será estudado.

Por fim, as medidas protetivas de urgência serão analisadas em seção própria e, em item específico, a reflexão sobre a (in)eficácia da aplicação das medidas protetivas de urgência. Outrossim, não menos importante, o estudo sobre a tipificação do delito de descumprimento das medidas protetivas, juntamente com alguns institutos presentes na Lei. Por fim, finaliza o presente trabalho com a seção sobre as considerações finais a respeito da pesquisa.

2. BREVE CONTEXTO HISTÓRIO SOBRE A LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 11.340, sancionada em 7 de agosto de 2006, visa proteger a mulher da violência doméstica e familiar. Esta Lei é conhecida como “Lei Maria da Penha” em referência a Maria da Penha Maia Fernandes.

Maria da Penha é uma biofarmacêutica brasileira, natural do estado do Ceará, que ficou paraplégica em virtude de uma tentativa de homicídio praticada por seu marido, Marco Antônio Herredia Viveiros, com um tiro de espingarda, em 1983. Após alguns dias, Maria retornou para casa e sofreu nova tentativa de homicídio quando seu marido tentou eletrocutá-la.

O autor do crime foi condenado pelos tribunais locais, porém, sua defesa utilizou diversos recursos processuais, sendo preso por um período curto de tempo apenas após a condenação.

Vale dizer que em 1994, Maria da Penha lançou sua autobiografia *"Sobrevivi...Posso contar"*, da editora Armazém da Cultura, no qual narra a história de violência sofrida por ela e suas três filhas.

Em razão da repercussão desse caso e tamanho descaso da justiça brasileira em relação aos casos de violência contra a mulher, o caso Maria da Penha foi encaminhado pelo Comitê Latino-Americano e Caribe para Defesa da Mulher (CLADEM) à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 1998, entidade do Sistema Interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos.

A Comissão, em 2001, responsabilizou o Brasil por omissão e negligência em relação à violência doméstica, utilizando como base o caso de Maria da Penha. Foi recomendado que o país tomasse medidas em prol da criação de políticas públicas para proteção das mulheres vítimas de violência².

Devido a pressão internacional, no ano de 2002, o processo acabou sendo encerrado e resultando na prisão do agressor de Maria da Penha, porém ficou apenas dois anos preso. Como consequência da recomendação internacional, surgiu a Lei nº 11.340/2006.

Como se pode observar, o Estado brasileiro somente criou uma legislação, no plano nacional, de proteção a mulher vítima de violência doméstica e familiar após pressão internacional, tendo em vista que já havia previsão na Constituição Federal, no artigo 226, §8º³, para coibir violência no âmbito das relações familiares.

Além disso, o Brasil já era signatário de vários instrumentos de proteção da mulher em contexto internacional, como por exemplo, Convenção sobre a Eliminação de todas as

² Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 12 set. 2020.

³ Art. 226 [...]

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

formas de Discriminação contra a Mulher, 1979, e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), de 1995.

3. CONHECIMENTO GERAL SOBRE A LEI MARIA DA PENHA:

A presente seção apresentará alguns conhecimentos iniciais sobre a Lei Maria da Penha que serão importantes para o desenvolvimento do trabalho, quais sejam, a lei tratar-se de uma ação afirmativa, o que muitos desconhecem. Ademais, será apresentado o conceito de violência doméstica e familiar, bem como os tipos de violência presentes na lei. Ao final, será divulgado alguns dados estatísticos sobre a violência contra a mulher, bem como estudo sobre o ciclo de violência.

3.1. AÇÃO AFIRMATIVA

As ações afirmativas são políticas e programas especiais adotados tanto pelo Estado quando pela iniciativa privada, de cunho temporário, em benefício de grupos em situação de vulnerabilidade no intuito de corrigir desigualdades ao longo da história e promover a igualdade de oportunidades.

Como forma de corroborar esse entendimento, destaca-se definição de Flavia Piovesan, *in verbis*⁴:

As ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte dos grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, entre outros grupos.

Nesse sentido, Joaquim Benedito Barbosa Gomes, entendeu que as ações afirmativas:

consistem em políticas públicas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional, de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de

4 PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos.**

Faculdade de Direito e Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124.; Políticas Inclusivas e Compensatórias. Fundação Carlos Chagas, em co-edição com a Editora Autores Associados, jan./abr. 2005.

discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.⁵

Dentro desse contexto, a Lei Maria da Penha nasceu com o objetivo de acelerar a igualdade entre homem e mulher, limitada aos casos de violência doméstica e familiar, tendo em vista tamanho histórico de submissão da mulher em relação ao homem e, por sua vez, devem ser tratadas de forma desigual por serem um grupo em situação de vulnerabilidade.

Diante disso, a referida Lei está de acordo com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e a Constituição Federal em seu artigo 226, §8º.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já concluiu que “o uso do sexo como critério de diferenciação”, utilizado na Lei Maria da Penha, é adequado e necessário para seu fim desejado⁶.

Portanto, a Lei 11.340/06 é um exemplo de discriminação positiva e, portanto, trata-se de uma ação afirmativa, acolhendo a máxima “tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de maneira desigual”.

3.2. CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

A Lei Maria da Penha diz respeito a violência doméstica e familiar contra a mulher e, segundo seu artigo 5º⁷, trata-se de ação ou omissão baseada no gênero.

5 GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6 – 7.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência** nº 654/STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo654.htm>>. Acesso em 11 set. 2020.

7 Art. 5º

Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...]

Gênero ainda é um conceito em construção, segundo o dicionário de Direitos Humanos da Escola Superior do Ministério Público da União⁸.

Gênero é uma categoria relacional do feminino e do masculino. Considera as diferenças biológicas entre os sexos, reconhece a desigualdade, mas não admite como justificativa para a violência, para a exclusão e para a desigualdade de oportunidades no trabalho, na educação e na política. É um modo de pensar que viabiliza a mudança nas relações sociais e, por consequência, nas relações de poder. É um instrumento para entender as relações sociais e, particularmente, as relações sociais entre mulheres e homens.

As expressões violência de gênero e violência contra a mulher, geralmente são utilizadas como sinônimas, porém, como pode-se perceber acima, violência de gênero pode ser mais abrangente incluindo questões culturais e sociais.

Retornando a legislação, a violência doméstica e familiar contra a mulher configura “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, podendo ocorrer no âmbito da unidade doméstica, da família ou qualquer relação íntima de afeto”⁹.

Ainda segundo a Lei nº 11.340/2006, a expressão “no âmbito da unidade doméstica” é compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas. É o típico ambiente do lar, mesmo quando não há vínculo familiar, como, por exemplo, nas repúblicas. Em relação a expressão “esporadicamente agregadas”, presente no já mencionado artigo 5º, para se referir ainda a esfera doméstica, estaria abrangendo babás, cuidadoras, enfermeiras, dentre outros.

Já “no âmbito da família” é compreendida como a comunidade formada por indivíduos que têm vínculo familiar e a violência pode ser praticada não só na residência, mas em outros lugares também, além disso, também se refere aqueles que tem vínculo afetivo, como, por exemplo, filho de criação. Por fim, “em qualquer relação íntima de afeto” é aquela na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

8 Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/pfdc/informacao-e-comunicacao/eventos/mulher/dia-da-mulher/verbet>. Acesso em 10 set. 2020.

9 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Portal da legislação**, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ já decidiu que a Lei Maria da Penha pode ser aplicada mesmo que não tenha havido coabitação, e mesmo quando as agressões ocorrerem quando já se tiver encerrado o relacionamento entre as partes, desde que guardem vínculo com a relação anteriormente existente, conforme súmula nº 600 do Superior Tribunal de Justiça¹⁰.

Vale dizer que as relações pessoais que se trata na lei, não dependem de orientações sexual, além disso, constitui uma das formas de violação dos direitos humanos, conforme disciplinado no art. 5º, parágrafo único, e art. 6º, ambos da Lei nº 11.340/0611.

3.3. TIPOS DE VIOLÊNCIA TRAZIDA PELA LEI MARIA DA PENHA

No artigo 7º da Lei nº 11.340/200612 estão apresentados os formatos de violência doméstica e familiar contra a mulher, em rol exemplificativo. A seguir serão explicados cada um deles.

A violência física é a ofensa a integridade e saúde corporal, praticado por meio da lesão corporal. Há também a violência moral, na qual são cometidas condutas que configurem o crime de calúnia, difamação ou injúria.

Um terceiro tipo de violência que é muito comum e, muitas vezes ocorre sem ser notado, é a psicológica. Essa modalidade de violência é configurada por qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem,

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 600. **Pesquisa de jurisprudência**, Súmulas. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=41>>. Acesso em: 10 set. 2020.

11 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Portal da legislação**, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

12 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Portal da legislação**, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Vale dizer que o art. 7º, inciso II da referida lei foi alterado em 2018 pela Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018, para incluir a violação da intimidade da mulher como meio de violência psicológica.

A violência sexual também é incluída na Lei Maria da Penha como modalidade de violência doméstica e familiar contra a mulher. Ocorre a partir de qualquer conduta que constranja a mulher a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada. Como exemplo, pode-se citar o estupro, forçar ao aborto, impedir uso de métodos contraceptivos, forçar ao matrimônio, gravidez ou prostituição, dentre outros. Trata-se de uma inovação tendo em vista que o sexo sempre foi considerado, tradicionalmente, uma obrigação decorrente do matrimônio.

Por fim, há ainda a violência patrimonial, a qual se caracteriza por qualquer conduta que cause retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

3.4. DADOS ESTATÍSTICOS

Nesse tópico serão demonstrados alguns dados estatísticos referentes ao tema de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Diante de pesquisa do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan), foram analisadas 1,4 milhão de notificações entre os anos 2014 a 2018 e constatado que, no Brasil, há 1 caso de agressão a mulher a cada 4 minutos¹³.

A maioria das vítimas de violência, aqui incluídos todas as modalidades, é mulher e quase em sua totalidade, o agressor é alguém conhecido¹⁴. Segundo o Fórum Brasileiro

13 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/brasil-registra-1-caso-de-agressao-a-mulher-a-cada-4-minutos-mostra-levantamento.shtml>. Acesso em 12 set. 2020.

14 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/brasil-registra-1-caso-de-agressao-a-mulher-a-cada-4-minutos-mostra-levantamento.shtml>. Acesso em 12 set. 2020.

de Segurança Pública (FBSP), 76,4% das mulheres agredidas relataram ter sofrido agressão de homens de seu convívio¹⁵.

Segundo a Organização Mundial de Saúde, o número de homicídios de mulheres no Brasil é de 4,8 para cada 100 mil mulheres, o que coloca o Estado brasileiro em quinto lugar no *ranking* mundial de taxa de feminicídios¹⁶.

Vale dizer que há um alto índice de subnotificação, ou seja, muitas mulheres não denunciam a agressão sofrida, fenômeno conhecido como "cifra negra". Diante disso, o número real de agressões é maior do que os efetivamente registrados.

Além disso, em 2019, a Pesquisa Nacional sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, realizada pelo DataSenado, revelou que a Lei Maria da Penha é muito conhecida por 19% das brasileiras, enquanto 68% afirmam conhecê-la pouco e 11%, alegam não conhecer nada¹⁷.

As estatísticas mostram um cenário alarmante. Alguns governos tomaram iniciativas no combate a violência doméstica e familiar contra a mulher, como, por exemplo, o Município de São Paulo publicou a Lei nº 16.165/2015¹⁸ que instituiu a Ronda Maria da Penha que consiste no fornecimento de "botão de pânico" e atendimento especializado e exclusivo pela Guarda Civil Metropolitana.

Já no estado do Rio de Janeiro, fora vedado a nomeação para cargos em comissão para pessoas que tenham sido condenadas pela Lei Maria da Penha com a publicação da Lei 8.301/2019.

15 Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/datafolha-274-das-mulheres-relatam-agressoes-metade-nao-denuncia/>. Acesso 12 set. 2020.

16 Disponível em: <https://exame.com/brasil/taxa-de-feminicidios-no-brasil-e-a-quinta-maior-do-mundo/>. Acesso em 12 set. 2020.

17 Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-2019>. Acesso em 12 set. 2020.

18 São Paulo. Lei 16.165, de 13 de abril de 2015. Disponível em: <
https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=/2015/diario%2520oficial%2520cidade%2520de%2520sao%2520paulo/abril/14/pag_0001_5TOMFLR4MU03Me6H5Q1HPC0ILRH.pdf&pagina=1&data=14/04/2015&caderno=Di%C3%A1rio%20Oficial%20Cidade%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&paginaordenacao=100001> Acesso 12 set. 2020.

No ano de 2020, devido a pandemia causada pelo vírus COVID-19, a população de quase todos os países necessitou fazer quarentena para evitar a propagação do coronavírus e no Brasil não fora diferente.

Diante disso, houve um aumento alarmante nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher durante o período de quarentena. No estado do Rio de Janeiro, foi registrado um aumento de 50%¹⁹, enquanto que no estado de São Paulo houve um aumento de 44,9%²⁰ de casos durante a pandemia.

Além disso, o número de subnotificações desses crimes também aumentou devido a dificuldade em formalizar denúncia às autoridades policiais em virtude das medidas de isolamento social. Outra justificativa também se dá ao fato de que as vítimas podem sentir medo de denunciar os parceiros por causa da proximidade deles com a permanência em casa²¹.

Dentro desse contexto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) iniciaram a Campanha Sinal Vermelho para ajudar as vítimas de violência doméstica na pandemia, na qual consiste na vítima fazer um "X" vermelho na palma da mão e apresenta de forma silenciosa nas farmácias e drogarias. A partir disso, os atendentes deverão ligar imediatamente para 190 e relatar o caso.

3.5. CICLO DA VIOLÊNCIA

O "ciclo da violência" é um termo criado, em 1979, pela psicóloga norte-americana Lenore Walker, a qual identificou três principais fases de um relacionamento abusivo num contexto conjugal que são constantemente repetidos²².

A primeira fase, denominada "aumento da tensão", compreende a figura do agressor que se apresenta em diversos momentos irritado por motivos insignificantes, tem acessos de raiva, além de humilhar a vítima e ameaçá-la. Em contrapartida, a ofendida nega os

19 Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/03/23/casos-de-violencia-domestica-no-rj-crescem-50percent-durante-confinamento.ghtml>. Acesso 12 set. 2020.

20 Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-04/sp-violencia-contra-mulher-aumenta-449-durante-pandemia>. Acesso 12 set. 2020.

21 Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-04/sp-violencia-contra-mulher-aumenta-449-durante-pandemia>. Acesso 12 set. 2020.

22 Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/ciclo-da-violencia-domestica-saiba-como-identificar-as-fases-de-um-relacionamento-abusivo/>. Acesso em 29 nov. 2020.

acontecimentos e sente-se culpada pelo comportamento do agressor. Diante disso, a tensão pode aumentar e a situação progredir para a segunda fase.

A segunda fase é denominada “ato de violência” ou “ataque violento”. Nesta fase, o agressor perde o controle e pratica um ato de violência contra a mulher, podendo ser qualquer um dos tipos de violência já vistos. A vítima, muitas vezes, sente-se impossibilitada de agir no momento da violência, mas também pode ir em busca de ajuda, bem como apresenta um distanciamento do agressor.

A última fase é aquela em que o agressor se diz arrependido e apresenta comportamentos carinhosos, conhecida como “lua de mel”. Tal fase é caracterizada pelo agressor se mostrando arrependido e buscando uma reconciliação. Em contrapartida, a vítima encontra-se confusa, com esperança de que as agressões não ocorram mais, bem como compelida a manter o relacionamento por diversos motivos, principalmente, quando o casal tem filhos ou possui uma dependência financeira ou emocional do autor.

Ao término da terceira fase, há um período de calma, porém após esse momento a tensão volta, repetindo o ciclo mencionado que pode durar anos. Destaca-se que as fases podem ocorrer fora de ordem, inclusive, possuindo como consequência radical o feminicídio.

É de suma importância que a mulher vítima de violência doméstica e familiar tenha conhecimento sobre o “ciclo de violência” e saiba reconhecer os indícios do que está vivenciando, bem como buscar ajuda o mais rápido possível para, assim, poder quebrar o ciclo.

4. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS RECENTES NA LEI MARIA DA PENHA

Na presente seção, será disciplinado sobre as alterações que houve na Lei Maria da Penha nos últimos anos. Muitas legislações foram criadas a fim de aumentar a eficácia da Lei 11.340/2006, a qual é de suma importância para essa problemática da violência contra a mulher que, infelizmente, é tão presente no país.

4.1. LEI Nº 13.505/2017

A Lei nº 13.505/2017, publicada em 9 de novembro de 2017, acrescentou os artigos 10-A, 12-A e 12-B na Lei Maria da Penha versando sobre o direito da mulher, em caso de violência doméstica e familiar, de ter atendimento policial e pericial especializado e ininterrupto.

Além disso, o atendimento deve ser prestado por servidores capacitados e, preferencialmente, do sexo feminino.

A referida lei apresentou diretrizes que deverão ser adotadas na inquirição da vítima ou testemunha de violência doméstica e familiar, quando ocorrer crime contra a mulher, conforme artigo 10-A, §1º da Lei 11.340/2006, *in verbis*:

§ 1º A inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes diretrizes:

I - salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar;

II - garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas;

III - não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.

A revitimização é o sofrimento da vítima em ter que lembrar o trauma sofrido pela vítima. Neste ponto, vale apresentar um trecho das Diretrizes gerais e protocolos de atendimento do Programa “Mulher, viver sem violência”²³ sobre o assunto:

A revitimização no atendimento às mulheres em situação de violência, por vezes, tem sido associada à repetição do relato de violência para profissionais em diferentes contextos o que pode gerar um processo de traumatização secundária na medida em que, a cada relato, a vivência da violência é reeditada.

Além da revitimização decorrente do excesso de depoimentos, revitimizar também pode estar associado a atitudes e comportamentos, tais como: paternalizar; infantilizar; culpabilizar; generalizar histórias individuais; reforçar a vitimização; envolver-se em excesso; distanciar-se em excesso; não respeitar o tempo da mulher; transmitir falsas expectativas. A prevenção da revitimização requer o atendimento humanizado e integral, no qual a fala da mulher é valorizada e respeitada.

²³ Diretrizes gerais e protocolos de atendimento. Programa “Mulher, viver sem violência”. Brasil: Governo Federal. Secretaria Especial de Políticas para mulheres. 2015.

Ainda a respeito da inquirição, no parágrafo segundo do referido artigo, apresenta o procedimento a ser seguido, *ipsis litteris*:

§ 2º Na inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de delitos de que trata esta Lei, adotar-se-á, preferencialmente, o seguinte procedimento:

I - a inquirição será feita em recinto especialmente projetado para esse fim, o qual conterà os equipamentos próprios e adequados à idade da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida;

II - quando for o caso, a inquirição será intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar designado pela autoridade judiciária ou policial;

III - o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a degravação e a mídia integrar o inquérito.

Por fim, foi imposto aos Estados e Distrito Federal conceder prioridade, no âmbito da Polícia Civil, à criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, de Núcleos Investigativos de Feminicídio e de equipes especializadas para atendimento e investigação das violências graves contra mulher.

Tal legislação foi de suma importância, tendo em vista que as delegacias de polícia, na maioria dos casos, são o primeiro contato da vítima em busca de ajuda, logo, é necessário esse atendimento especializado.

4.2. LEI Nº 13.641/2018

A Lei nº 13.641/2018 alterou a Lei Maria da Penha para criar o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, proferindo pena de detenção de três meses a dois anos.

No caso de prisão em flagrante delito, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança, exceção ao art. 322 do Código de Processo Penal²⁴ que versa que a autoridade

24 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Portal da legislação**. Brasília, out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em 7 nov. 2020.

policial poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos.

Em relação as medidas protetivas de urgência, será abordado com mais detalhes em capítulo específico.

4.3. LEI Nº 13.772/2018

A Lei nº 13.772/18 alterou tanto a Lei Maria da Penha quanto o Código Penal, para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar, acrescentando a violação da intimidade como forma de violência psicológica, como visto em seção anterior.

No que tange ao Código Penal, a legislação em questão incluiu o dispositivo 216-B, ao Capítulo I – A “Da exposição da intimidade sexual”, o qual tipificou o crime de registro não autorizado da intimidade sexual²⁵.

Dessa forma, ficou criminalizado a conduta de produzir, fotografar, filmar ou registrar conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes.

4.4. LEI Nº 13.827/2019

A Lei nº 13.827/2019, publicada em 14 de maio de 2019, alterou a Lei Maria da Penha para autorizar a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade policial, à mulher em situação de violência doméstica ou familiar, em casos específicos.

Em regra, apenas a autoridade judicial poderia conceder medida protetiva de urgência para mulher em situação de violência doméstica e familiar. Entretanto, com a alteração trazida pela legislação em questão, a autoridade policial poderá conceder medida protetiva de urgência de afastamento do lar, desde que o Município não seja sede de comarca.

25 Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

Ademais, há também a possibilidade de um policial conceder a medida protetiva de urgência de afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, desde que o Município não seja sede de comarca e não houver Delegado disponível no momento da denúncia, conforme artigo 12-C da Lei Maria da Penha, incluído pela Lei nº 13.827, de 2019²⁶.

Vale dizer que para ser concedida a referida medida protetiva de urgência, deve ser verificado risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de seus dependentes.

Na hipótese de a medida ser concedida por Delegado ou por policial, a autoridade judicial deverá ser comunicada no prazo máximo de 24 horas e decidirá em igual prazo, a respeito da manutenção ou revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público simultaneamente.

Conforme parágrafo 2º, do artigo 12-C da referida legislação, caso haja risco a integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso²⁷.

Por fim, a Lei nº 13.827/2019 também incluiu o artigo 38-A à Lei Maria da Penha, no qual impõe que as medidas protetivas de urgência deverão ser registradas em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, com acesso garantido pelo Ministério Público, Defensoria Pública e órgãos da segurança pública e assistência social, com objetivo de fiscalização e efetividade das medidas.

4.5. LEI Nº 13.836/2019

26 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Portal da legislação**, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

27 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Portal da legislação**, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

A Lei nº 13.836/2019, publicada em 4 de junho de 2019, acrescentou o inciso IV ao parágrafo primeiro do artigo 12 da Lei Maria da Penha²⁸, o qual versa sobre instruções que a autoridade policial deve adotar.

Diante disso, a legislação obrigou o registro da informação, no boletim de ocorrência, se a vítima de violência doméstica e familiar possui condição de pessoa com deficiência ou se da violência sofrida, resultou deficiência ou agravamento de deficiência preexistente.

4.6. LEI Nº 13.880/2019

A Lei nº 13.880/2019 alterou a Lei Maria da Penha acrescentando o inciso VI – A ao artigo 12 para prever a apreensão de arma de fogo do agressor que tenha a posse ou o porte, além disso, deverá notificar a instituição responsável pela concessão do registro ou emissão do porte.

Ademais, a citada lei incluiu também o inciso IV ao artigo 18 da Lei Maria da Penha. Este dispositivo versa que o juiz, no prazo de 48 horas a partir do recebimento do expediente com o pedido de medida protetiva, deve determinar a apreensão imediata de arma de fogo sob posse do agressor, *in verbis*:

Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

[...]

IV - determinar a apreensão imediata de arma de fogo sob a posse do agressor.

Vale dizer que esse dispositivo não se confunde com a medida protetiva de suspensão da posse e de restrição do porte, prevista no artigo 22, inciso I, da Lei Maria da Penha²⁹, ou seja, primeiro a autoridade judicial deve avaliar se são cabíveis realmente medidas protetivas de urgência e, em caso positivo, determinará a apreensão da arma de fogo.

28 BRASIL. Lei nº 13.836, de 4 de junho de 2019. **Portal da legislação**, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13836.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

29 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da legislação**, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

Observa-se que, certamente, a referida lei trata de arma de fogo legalmente registrada e porte legal. No caso de arma irregular ou porte ilegal de arma, a autoridade policial deve proceder a apreensão e, inclusive, a prisão em flagrante do indivíduo.

4.7. LEI N° 13.871/2019

No que tange ao capítulo de assistência à mulher, houve algumas alterações importantes também. A Lei n° 13.871/2019, de 17 de setembro de 2019, incluiu os parágrafos 4º, 5º e 6º ao artigo 9º³⁰, *verbis*:

Art. 9º

[...]

§ 4º Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar, recolhidos os recursos assim arrecadados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços.

§ 5º Os dispositivos de segurança destinados ao uso em caso de perigo iminente e disponibilizados para o monitoramento das vítimas de violência doméstica ou familiar amparadas por medidas protetivas terão seus custos ressarcidos pelo agressor.

§ 6º O ressarcimento de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo não poderá importar ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e dos seus dependentes, nem configurar atenuante ou ensejar possibilidade de substituição da pena aplicada.

Observa-se que tais dispositivos versam sobre a responsabilidade do autor da violência contra a mulher em ressarcir os custos relacionados aos serviços de saúde, bem como aos dispositivos de segurança utilizados pela vítima.

30 BRASIL. Lei n° 13.871, de 17 de setembro de 2019. **Portal da legislação**, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13871.htm>. Acesso em: 29 nov. 2020.

Neste cenário, atualmente, foram criados alguns aplicativos para aparelhos celulares com o objetivo de que a vítima acione alguns contatos cadastrados a fim de pedir ajuda quando estiver em perigo, o que será falado com mais detalhes em seção posterior.

4.8. LEI Nº 13.882/2019

A Lei nº 13.882/2019 acrescentou os parágrafos 7º e 8º ao artigo 9º da Lei Maria da Penha³¹ para garantir que os dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar tenham prioridade de matrícula em instituição de educação básica mais próximo de seu domicílio.

Apenas o registro de ocorrência já é um documento hábil à garantia desse direito. A lei ampliou a assistência à mulher, tendo em vista que a mulher vitimizada, muitas vezes, precisa se afastar do local em que morava anteriormente para evitar contato com o agressor e, com isso, seu dependente pode ter dificuldade em frequentar a escola em que estava matriculado.

Ademais, os dados da matrícula escolar serão sigilosos, os quais será possível o acesso apenas pela autoridade judicial, o Ministério Público e os órgãos competentes do poder público.

Vale dizer que também fora acrescentado o inciso V ao artigo 23 da Lei Maria da Penha, o qual versa sobre o juiz determinar a matrícula dos dependentes da vítima em instituição de ensino básico, independentemente da existência de vaga. Observa-se que a não dependência de vaga é somente no caso da medida protetiva aplicada pelo juiz, caso a vítima apenas apresente o boletim de ocorrência à instituição sem intervenção judicial, poderá depender de vaga.

4.9. LEI Nº 14.022/2020

É sabido que no ano de 2020 houve a pandemia, devido ao vírus COVID19, como falado em seção anterior, e diante desse fato algumas medidas legislativas precisaram ser implementadas.

³¹ BRASIL. Lei nº 13.882, de 8 de outubro de 2019. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13882.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

Dentro desse contexto, a Lei nº 14.022/2020, de 7 de julho de 2020³², foi publicada com o fim de alterar a Lei nº 13.979/2020, que instituiu medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus, e dispôs sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra mulher, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante esse período. Portanto, trata-se de uma lei excepcional.

Uma das novidades trazida pela referida lei é que, enquanto perdurar o estado de emergência de saúde, o registro de ocorrências envolvendo as situações de violência doméstica e familiar contra grupo de pessoas em situação de vulnerabilidade a que a lei trata, poderá ser realizado por meio eletrônico ou por meio de número de telefone de emergência, conforme dispõe artigo 2º da lei em questão.

Conforme disciplina o artigo 3º, parágrafo 3º da lei em tela, o exame de corpo de delito não pode ser suspenso por conta da pandemia, *in verbis*.

Art. 3º

[...]

§ 3º Conforme dispõe o art. 158 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), mesmo durante a vigência da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, ou de estado de emergência de caráter humanitário e sanitário em território nacional, deverá ser garantida a realização prioritária do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva:

I - violência doméstica e familiar contra a mulher;

II - violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.

Além disso, nos casos de crimes de natureza sexual, caso haja medidas de restrição de circulação, os órgãos de segurança deverão estabelecer equipes móveis para a realização do exame de corpo de delito.

32 BRASIL. Lei nº 14.022, de 7 de julho de 2020. **Portal da legislação**, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm>. Acesso em: 3 out. 2020.

Quanto as medidas protetivas, estas poderão ser solicitadas por meio eletrônico e serão prorrogadas automaticamente e vigorarão durante todo o estado de emergência, conforme versa artigo 5º da lei em tela.

Vale dizer que, assim como o registro de ocorrência pode ser feito por meio eletrônico, tanto a ofendida como o ofensor poderão ser intimados por meio eletrônico, conforme dispõe artigo 4º, parágrafo 3º da Lei 14.022/20.

Ademais, a autoridade policial, quando conceder medida protetiva a vítima, deverá instaurar inquérito policial de imediato, independentemente de autorização da ofendida. Já no caso da autoridade judicial, após a concessão da medida, deverá comunicar a polícia judiciária para abertura de investigação.

Por fim, o prazo para a Central de Atendimento à Mulher e pelo serviço de proteção a criança e adolescente repassarem as informações para os órgãos competentes é de 48 horas, salvo impedimento técnico. Infelizmente, esse prazo é muito longo para a gravidade do fato.

4.10. LEI Nº 13.984/2020

Diante de tantas inovações legislativas referentes a Lei Maria da Penha, o ano de 2020 trouxe ainda a Lei nº 13.984/2020, de 3 de abril de 2020, que incluiu duas medidas protetivas ao artigo 22 da Lei 11.340/2006.

O comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação e o acompanhamento psicossocial do agressor por meio de atendimento individual ou em grupo passaram a ser modalidades de medidas protetivas de urgência.

5. APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

O artigo 5º da Lei 11.340/200633 nos apresenta o âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha. Vale sua transcrição, *ipsis litteris*, para início desta seção:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

33 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 18 out. 2020.

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Observa-se que a lei exige como requisitos apenas que haja qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito doméstico, familiar ou relação íntima de afeto para configurar a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A Lei Maria da Penha não apresentou nenhum tipo penal inovador, portanto, a violência contra a mulher se materializa em diversos tipos penais presentes no Código Penal. Vale dizer que, posteriormente, a Lei 13.641/2018 incluiu o dispositivo 24-A trazendo o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência.

Em relação ao âmbito de aplicação referente a unidade doméstica, da família e qualquer relação íntima de afeto, já fora detalhado em seção anterior.

Ademais, no que tange relação íntima de afeto, vale salientar que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que esta expressão não abrange relacionamentos passageiros, fugaz ou esporádico³⁴. Exemplos que podem ser citados, neste cenário, seriam casais que trocam carícias numa festa em que acabaram de se conhecer, casal que se relacionam durante férias de verão ou se relacionam de vez em quando.

Em contrapartida, o Enunciado nº 21 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil proferiu o seguinte entendimento³⁵:

34 STJ, 3ª seção, CComp nº 100654, rel. Min. Laurita Vaz, j. 25-3-2009.

35 Enunciado nº 30 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil. Aprovado na Plenária da I Reunião Ordinária do GNDH de 04 a 06/03/2015 e

Enunciado nº 21:

A Lei Maria da Pena se aplica a quaisquer relações íntimas de afeto, ainda que eventuais e/ou efêmeras. (Aprovado na Plenária da I Reunião Ordinária do GNDH de 04 a 06/03/2015 e pelo Colegiado do CNPG em 23/03/2015).

Vale salientar, ainda, que o namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação, portanto, a agressão do namorado contra a namorada configura violência doméstica³⁶. Vale dizer que se a violência ocorrer após término da relação, será aplicável a Lei Maria da Pena, desde que a agressão seja decorrência do relacionamento que tiveram, o mesmo se dá para ex-esposa.

No que tange a relação de casamento e união estável, não há dúvidas de que a Lei Maria da Pena é compatível com esses casos, tendo em vista tratar-se de uma relação conjugal que pode abranger os requisitos que a Lei exige.

No que diz respeito a relação extraconjugal, se houver relação íntima de afeto entre agressor casado e outra mulher, que não seja a sua esposa, haverá a incidência da Lei Maria da Pena.

Por fim, as empregadas domésticas estão abarcadas na Lei 11.340/2006, tendo em vista que seu artigo 5º, I, já transcrito acima, inclui pessoas esporadicamente agregadas no âmbito da unidade doméstica.

Como forma de corroborar tal entendimento, a Lei Complementar nº 150/2015³⁷ apresenta dispositivo nesse sentido.

Art. 27. Considera-se justa causa para os efeitos desta Lei:

Parágrafo único. O contrato de trabalho poderá ser rescindido por culpa do empregador quando:

pelo Colegiado do CNPG em 23/03/2015. Disponível em:
file:///C:/Users/carol/Downloads/ENUNCIADOS%20COPEVID.pdf. Acesso 28 nov. 2020.

36 STJ, 3ª Seção, CComp nº 96532, rel. Min. Jane Silva, j. 5-12-2008.

37 BRASIL. Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015. **Portal da legislação**, Brasília. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm >. Acesso em: 18 out. 2020.

VII - o empregador praticar qualquer das formas de violência doméstica ou familiar contra mulheres de que trata o art. 5o da Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006.

Portanto, não há dúvidas sobre a incidência da Lei Maria da Penha sobre empregadas domésticas.

5.1. VULNERABILIDADE

Há uma grande discussão na doutrina quanto a comprovação da vulnerabilidade e hipossuficiência, referente a mulher, serem um requisito para aplicação da Lei Maria da Penha.

A Quinta e a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao longo dos anos, já emitiram diferentes pareceres sobre o assunto, como também já alteraram seu raciocínio, gerando grande insegurança jurídica.

No segundo semestre de 2018, ambas as Turmas decidiram que a vulnerabilidade e hipossuficiência são presumidos, não necessitando de comprovação para aplicação da Lei Maria da Penha.

Eis o teor da decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

A Lei nº 11.340/2006, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica praticada contra a mulher, buscando a igualdade substantiva entre os gêneros, fundou-se justamente na indiscutível desproporcionalidade física existente entre os gêneros, no histórico discriminatório e na cultura vigente. Ou seja, a fragilidade da mulher sua hipossuficiência ou vulnerabilidade, na verdade, são os fundamentos que levaram o legislador a conferir proteção especial à mulher e por isso têm-se como presumidos³⁸.

Ademais, vale apresentar raciocínio da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido:

Tratando-se de proteção legal em razão da condição de mulher em relação familiar, de afeto ou de coabitação, dispensável é na Lei nº 11.340/2006 a constatação concreta de vulnerabilidade (física, financeira ou social) da vítima ante o agressor.³⁹

³⁸ STJ, 5ª T., RHC nº 92825, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 21-8-2018.

³⁹ STJ, 6ª T., AgRg nos EDcl no Resp nº 1720536, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 4-9-2018.

Dentro desse contexto, verifica-se que a vulnerabilidade e hipossuficiência da mulher não deve ser analisado em cada caso concreto, uma vez que se trata de algo já intrínseco nesta situação, tanto devido ao histórico de discriminação quanto na cultura machista, além da desproporcionalidade física entre agredida e agressor, os quais são uns dos pontos que a Lei Maria da Penha visa combater.

Ademais, o autor Thiago Garcia versou no mesmo sentido:

Com a devida vênia, pensamos que o escopo precípua da Lei Maria da Penha é de clareza solar: proteger todas as pessoas do sexo feminino (arts. 1º a 4º)! É por essa razão que condicionantes sem previsão legal ou excessivamente abstratas são incompatíveis com seu âmago.

De fato, analisando os dispositivos legais de seu bojo, não é possível encontrar a vulnerabilidade ou a hipossuficiência na condição de pressupostos de aplicabilidade. Na verdade, como bem já decidiu o Tribunal da Cidadania, elas são alguns dos fundamentos da Lei nº 11.340/2006, motivo pelo qual é cabível a interpretação no sentido de que são presumidas nas situações elencadas do art. 5º.40

Destarte, apesar de todo o exposto acima, ainda não há uma manifestação pacificada sobre o assunto.

5.2. SUJEITOS ATIVO E PASSIVO

Em relação aos sujeitos ativo e passivo relacionados a Lei Maria da Penha, tem-se que o sujeito ativo pode ser tanto pessoa do sexo feminino quanto pessoa do sexo masculino. Já o sujeito passivo é apenas a mulher, uma vez que a referida lei tem como papel a proteção da mulher.

Dentro desse contexto, o Supremo Tribunal Federal – STF já emitiu raciocínio no sentido de que a Lei Maria da Penha possuir como sujeito passivo apenas pessoa do sexo feminino não fere o princípio da isonomia⁴¹.

40 GARCIA, Thiago. **Tudo o que você precisa saber sobre: Delegado de Polícia, Lei Maria da Penha e Princípio da Insignificância**/Thiago Garcia. – São Paulo: Rideel, 2019, p. 56.

41 STF, Tribunal Pleno, ADC nº 19, rel. Min. Marco Aurélio, j. 9-2-2012.

Diante de divergência sobre o tema, o autor Thiago Garcia profere entendimento em equivalente linha de raciocínio que o Supremo Tribunal Federal:

Permitir a incidência da Lei Maria da Penha para favorecer homens representa desvirtuamento da sua finalidade essencial. Esse diploma legal foi criado para proteger um grupo específico de seres humanos: as mulheres! Elas são alvos de discriminações históricas, de tratamentos desiguais, de diferenças físicas incomparáveis e de ataques constantes. Sem dúvida, tais constatações justificam a elaboração de uma lei para tutelar exclusivamente os direitos femininos. 42

Vale salientar que a Lei Maria da Penha é aplicada em caso de união homoafetiva entre mulheres, tendo em vista que o parágrafo único do artigo 5º deste dispositivo legal apresenta a seguinte redação:

Art. 5º

[...]

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.43

No que tange pessoas transexuais femininas, ou seja, pessoa que possui identidade de gênero (gênero com o qual se identifica) diferente do sexo biológico masculino, há grande divergência doutrinária em relação a poderem ocupar o polo passivo da Lei Maria da Penha.

Há inúmeros critérios utilizados pelos doutrinadores, como o critério biológico, por exemplo, se a pessoa nasceu do sexo masculino, não pode ser vítima; bem como o critério jurídico, ou seja, se houver cirurgia de mudança para o sexo feminino ou registro civil reconhecendo como mulher, pode ser vítima.

42 GARCIA, Thiago. **Tudo o que você precisa saber sobre: Delegado de Polícia, Lei Maria da Penha e Princípio da Insignificância**/Thiago Garcia. – São Paulo: Rideel, 2019, p. 70.

43 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da legislação**, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 22 out. 2020.

Há também o critério psicológico que é o que melhor compreende a dignidade humana, ou seja, caso a pessoa se identifique com o gênero feminino, independente de mudança de sexo ou registro civil, pode configurar sujeito passivo na Lei Maria da Penha.

Dentro desse contexto, o Tribunal de Justiça de São Paulo emitiu raciocínio sobre o tema:

Todavia, a lei em comento deve ser interpretada de forma extensiva, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim é que a Lei nº 11.340/06 não visa apenas a proteção à mulher, mas sim à mulher que sofre violência de gênero, e é como gênero feminino que a IMPETRANTE se apresenta social e psicologicamente. Tem-se que a expressão “mulher”, contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino. O primeiro diz respeito às características biológicas do ser humano (...) enquanto o segundo se refere à construção social de cada indivíduo (...). A IMPETRANTE, apesar de ser biologicamente do sexo masculino e não ter sido submetida à cirurgia de mudança de sexo, apresenta-se social e psicologicamente como mulher, com aparência e traços femininos, o que se pode inferir do documento de identidade acostado às fls. 18, em que consta a fotografia de uma mulher. (...) Ressalte-se, por oportuno, que o reconhecimento da transexualidade prescinde de intervenção cirúrgica para alteração de sexo. Os documentos acostados aos autos, como acima mencionado, deixam claro que a IMPETRANTE pertence ao gênero feminino, ainda que não submetida a cirurgia neste sentido.⁴⁴

Vale salientar o Enunciado nº 30 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil, o qual versa entendimento sobre a questão de mulheres transexuais e travestis⁴⁵:

44 TJ-SP – MS: 20973616120158260000 SP 2097361 – 61.2015.8.26.0000, Relator: Ely Amioka, Data de Julgamento: 08/10/2015, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 16/10/2015.

45 Enunciado nº 30 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil. Aprovado na I Reunião Ordinária do GNDH em 05/05/2016 e pelo Colegiado do CNPG em 15/06/2016. Disponível em:
file:///C:/Users/carol/Downloads/ENUNCIADOS%20COPEVID.pdf. Acesso 28 nov. 2020.

A Lei Maria da Penha pode ser aplicada a mulheres transexuais e/ou travestis, independentemente de cirurgia de transgenitalização, alteração do nome ou sexo no documento civil.

Portanto, apesar de divergência doutrinária, já há decisões em âmbito judicial consignando que a mudança de sexo não é necessária para transexual utilizar a Lei Maria da Penha. Ademais, ainda não houve decisão sobre esse assunto na esfera dos Tribunais Superiores.

Em relação ao transexual masculino, Thiago Garcia entende que a Lei Maria da Penha deve ser usada para sua tutela:

A nosso ver, isso ocorre porque o critério genético é primário. É o primeiro instrumento usado para singularizar a pessoa desde o início da sua vida (escolha do nome etc.). Sendo primário e natural, ele não pode ser ignorado, salvo em situações excepcionais, baseadas em princípios de envergadura maior, sempre para proteger a pessoa, jamais para prejudicá-la.

No que se refere à transexual feminina, o critério é afastado para que determinado grupo de pessoas seja beneficiado por meio da Lei nº 11.340/2006.

No que diz respeito ao transexual masculino, o afastamento do critério genético geraria desigualdade e vulnerabilidade, na medida em que algumas mulheres (geneticamente consideradas) deixariam de ficar sob o abrigo da Lei nº 11.340/2006, enquanto todas as outras continuariam sendo protegidas por tal diploma legal.⁴⁶

Por fim, em relação ao relacionamento homossexual entre homens, é certo que não pode haver a incidência da Lei Maria da Penha, tendo em vista que ambas pessoas são do sexo masculino e fora visto que o sujeito passivo deste diploma legal é apenas a mulher.

6. ASSISTÊNCIA À VÍTIMA MULHER

A Lei Maria da Penha, em seu Título III, versa sobre a assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, contendo três capítulos, quais sejam, medidas integradas de prevenção, a assistência propriamente dita e atendimento pela autoridade policial.

46 GARCIA, Thiago. **Tudo o que você precisa saber sobre: Delegado de Polícia, Lei Maria da Penha e Princípio da Insignificância**/Thiago Garcia. – São Paulo: Rideel, 2019, p. 82.

O artigo 8º versa sobre política pública a fim de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, *verbis*⁴⁷:

Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes:

I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às consequências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;

III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal ;

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo

47 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 29 nov. 2020.

a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;

VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;

VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;

IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

O artigo 9º apresenta as disposições sobre a assistência que a mulher, vítima, receberá. Destaca-se que o juiz poderá determinar a inclusão da mulher em cadastro de programas assistenciais do governo, encaminhamento a assistência judiciária, bem como manutenção do vínculo trabalhista por até seis meses, quando necessário o afastamento do local de trabalho.

Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 1º O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

III - encaminhamento à assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente.

§ 3º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual.⁴⁸

Diante da alteração legislativa trazida pela Lei nº 13.871/2019, merece destaque o §4º que determina que o autor da violência contra a mulher ficará obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive os custos com os serviços de saúde.

Atualmente, a tecnologia pode ser usada para ajudar na proteção dessas mulheres. Existe o aplicativo “Juntas” e também “PenhaS” que consistem em dar informação, bem como permite que a mulher possa cadastrar contatos de sua confiança para acioná-los em caso de ajuda, com isso, é criado um grupo de proteção para enfrentamento da violência.

Dentro desse contexto, no estado do Rio de Janeiro foi elaborado um aplicativo “Maria da Penha Virtual” elaborado por uma equipe de estudantes de direito e de tecnologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, liderado pela professora e vice-diretora da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ Kone Prieto Furtunato Cesário.

O aplicativo “Maria da Penha Virtual” tem o objetivo de enviar diretamente pedidos de medidas protetivas de urgência a juízas especializadas do Juizado da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Capital, sem precisar de intermediários. Ademais, inicialmente, o aplicativo atenderá somente o Município do Rio de Janeiro.

Já no estado de São Paulo, foi inaugurada a Casa da Mulher Brasileira, espaço destinado a prestar serviços de acolhimento e atendimento humanizado para vítima e seus dependentes, além de incentivar a formação e capacitação de profissionais.

48 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Nessa mesma linha, há o programa “Bem Querer Mulher” que busca capacitação de profissionais, centros de atendimento às vítimas, bem como administra palestra para a conscientização da população ao combate a violência doméstica e familiar.

6.1. EQUIPE DE ATENDIMENTO MULTIDISCIPLINAR

A equipe de atendimento multidisciplinar está disciplinada no Título V da Lei Maria da Penha, o qual abrange os artigos 29 ao 32 deste diploma legal, cuja redação será apresentada logo abaixo⁴⁹:

Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Art. 31. Quando a complexidade do caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de atendimento multidisciplinar.

Art. 32. O Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, poderá prever recursos para a criação e manutenção da equipe de atendimento multidisciplinar, nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Dentro desse contexto, oportuno apresentar o Enunciado nº 34 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil⁵⁰:

49 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da legislação**, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 28 nov. 2020.

50 Enunciado nº 34 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil. Aprovado na I Reunião Ordinária do GNDH em 05/05/2016 e pelo Colegiado do

O Ministério Público deve investir na capacitação de seus membros para o enfrentamento à violência doméstica contra a mulher, utilizando-se como documentos de referência as 'Diretrizes nacionais de investigação criminal com perspectiva de gênero' da COMJIB/EuroSociAL e as 'Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres – Femicídios' da ONU Mulheres.

Observa-se que a equipe de atendimento disciplinar é uma forma de assistência à mulher também, uma vez que terá profissionais capacitados em diversas áreas para atendimento da vítima. Ademais, também assistirá o juiz, Ministério Público, bem como a Defensoria Pública.

7. ATENDIMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL

Nesta seção será analisada como a autoridade policial deve atender a mulher vítima de violência doméstica ou familiar. A mulher em situação de violência doméstica e familiar tem direito ao atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores, preferencialmente do sexo feminino, e previamente capacitados, conforme artigo 10-A da Lei Maria da Penha⁵¹.

A Lei tem como objetivo evitar a vitimização secundária da vítima. Neste ponto, vale explicar tal conceito. No estudo da vitimização, há os institutos da vitimização primária, secundária e terciária.

A vitimização primária se relaciona ao indivíduo atingido diretamente pela conduta criminosa. Já a vitimização secundária decorre de uma consequência da relação entre a vítima primária e o Estado na apuração e punição do crime, ou seja, a vítima reviver o sofrimento do crime sofrido em todo trâmite para punir o criminoso. Por fim, a vitimização terciária decorre do sofrimento gerado pelo meio social em que a vítima vive após a ciência sobre o crime sofrido, por conta de preconceito e discriminação.

Na Lei Maria da Penha, as normas sobre o atendimento pela autoridade policial estão presentes no Capítulo III do Título III "Da assistência à mulher em situação de violência

CNPG em 15/06/2016. Disponível em:

file:///C:/Users/carol/Downloads/ENUNCIADOS%20COPEVID.pdf. Acesso 28 nov. 2020.

51 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 22 out. 2020.

doméstica e familiar”, o qual inclui o artigo 10 ao 12-C52 e será analisado nos parágrafos seguintes.

Quanto a inquirição da mulher, ou seja, ocasião em que a vítima deve narrar o ocorrido, deve haver uma preocupação com a integridade física, psíquica e emocional da mulher. Além disso, em nenhuma hipótese, a depoente, seus familiares e testemunhas devem ter contato direto com os suspeitos e deve-se evitar sucessivas perguntas sobre o mesmo fato em âmbito criminal, cível e administrativo, e sobre a vida privada.

Ademais, caso necessário, a inquirição será intermediada por profissional especializado no assunto em questão e feita em recinto projetado para esse fim. Ainda, o depoimento será registrado em meio eletrônico e a mídia ou gravação integrará o inquérito.

Em relação as providências a serem tomadas pela autoridade policial no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, deve ser garantida proteção policial e, quando necessário, comunicar imediatamente o Ministério Público e o Poder Judiciário. Ainda, a ofendida deve ser encaminhada ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal, ser fornecido transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida.

Outrossim, caso necessite, a ofendida será acompanhada até o local dos fatos ou domicílio para retirada de seus pertences e será informada sobre seus direitos de assistência judiciária.

No momento do registro da ocorrência em sede da Delegacia, a autoridade policial deve ouvir a ofendida, tomar a representação a termo, caso seja ofertada, colher todas as provas que servirem para a elucidação do fato, determinar o exame de corpo de delito e remeter, no prazo de 48 horas, expediente apartado ao juiz para concessão de medidas protetivas de urgência.

Além disso, quanto ao agressor, deve ouvir as testemunhas e ele, juntar aos autos folha de antecedentes criminais e verificar se o agressor possui registro de porte ou posse de arma de fogo.

Salienta-se que a normatização detalhada do atendimento pela autoridade policial, fundamenta-se na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência

52 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 7 nov. 2020.

contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)⁵³, a qual o Brasil é signatário. Tal documento traz o compromisso e o dever de os Estados signatários treinarem seus policiais e especializarem seus atendimentos as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Dentro desse contexto, o Estado de São Paulo instaurou o “Protocolo Único de Atendimento” a ser observado nas ocorrências de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme Resolução SSP/SP nº 2/2017⁵⁴, *in verbis*:

O Secretário da Segurança Pública, resolve:

Artigo 1º - Fica instituído no âmbito desta Secretaria da Segurança Pública, o “Protocolo Único de Atendimento” de ocorrências relacionadas às infrações previstas na Lei 11.340/2006, nos termos que seguem, sem prejuízo das normas regulamentares já existentes.

Artigo 2º - A autoridade policial que atender ocorrência referente à Lei 11.340/2006 deverá, sempre que possível:

I – proceder à oitiva imediata da vítima e realizar a fotografação das lesões aparentes, se houver, mediante prévia autorização;

II – orientar a vítima quanto à necessidade de representação ou requerimento para instauração de inquérito policial, bem como sobre as medidas protetivas;

III – encaminhar a vítima à rede de proteção local existente;

53 Organização dos Estados Americanos, **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher** (“Convenção de Belém do Pará”), 1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em 7 nov. 2020.

54 Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. **Resolução nº 2/2017**, de 12 de janeiro de 2017. Institui o “Protocolo Único de Atendimento”, a ser observado nas ocorrências de violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=/2017/executivo%2520secao%2520i/janeiro/13/pag_0013_D88S1CJ8DS8H9eAV9KTJAE67R8Q.pdf&pagina=13&data=13/01/2017&caderno=Executivo+I&paginaordenacao=100013. Acesso em 7 nov. 2020.

IV – colher os depoimentos das testemunhas presentes, diretas ou indiretas;

V – informar eventuais ocorrências criminais anteriores envolvendo o agressor;

VI – requisitar perícia, especificando tratar-se de crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, indicando o endereço eletrônico para remessa do laudo;

VII – instruir o auto de prisão em flagrante ou a representação para medidas protetivas com indicações dos fatores de risco, notadamente os constantes do Anexo.

§ 1º - Se a testemunha não estiver presente no momento da notícia do crime, a vítima será cientificada a apresentar rol testemunhal com nomes e endereços, no prazo máximo de cinco dias, o que constará do histórico do boletim de ocorrência.

§ 2º - Os registros e diligências emergenciais deverão ser realizados independentemente de a vítima estar munida de documento de identidade, cuja apresentação poderá ocorrer posteriormente, valendo-se a autoridade policial dos meios disponíveis e imediatos para obter a identificação da ofendida.

Artigo 3º - Caso o laudo de exame de corpo de delito não seja encaminhado à delegacia no prazo previsto no inciso II do art. 5º desta Resolução, a autoridade policial deverá requisitá-lo, valendo-se dos meios disponíveis.

(...)

Anexo à Resolução SSP-002, de 12-01-2017

Tabela de Fatores de Risco

1. Histórico de Violência Anterior entre o Mesmo Agressor e Vítima
2. Histórico de Violência pelo Agressor Contra Outras Pessoas
3. Uso de Álcool e/ou Drogas Ilícitas pelo Agressor
4. Transtorno ou Doença Mental pelo Agressor

5. Comportamento Controlador, Ciúmes ou Alegação de Traição
6. Separação ou Tentativa de Separação no Último Ano
7. Disputa Familiar (Por Bens ou Filhos)
8. Presença de Crianças ou Adolescentes no Núcleo Familiar
9. Agressor com Acesso a Arma de Fogo (Profissional de Segurança e Outros)
10. Agressor Envolvido com Atividades Criminosas
11. Agressor já Descumpriu Anteriormente Ordem Judicial de Medidas Protetivas de Urgência
12. Vítima com Dependência Econômica
13. Vítima com Fator de Vulnerabilidade (Criança, Adolescente, Idosa, com Deficiência Etc)
14. Vítima sem Parentes Próximos ou Rede de Proteção
15. Vítima Gestante

Outrossim, no Estado de São Paulo há o Provimento CG nº 32/2000 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, a qual a autoridade policial pode fazer uso para ocultar os dados das vítimas e testemunhas⁵⁵.

55 Artigo 1º - Aplicam-se às disposições deste provimento aos inquéritos e processos em que os réus são acusados de crimes dentre aqueles discriminados no artigo 1º, inciso III, da Lei Federal nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

Artigo 2º - Quando vítimas ou testemunhas reclamarem de coação, ou grave ameaça, em decorrência de depoimentos que devam prestar ou tenham prestado, Juízes de Direito e Delegados de Polícia estão autorizados a proceder conforme dispõe o presente provimento.

Artigo 3º - As vítimas ou testemunhas coagidas ou submetidas a grave ameaça, em assim desejando, não terão quaisquer de seus endereços e dados de qualificação lançados nos termos de seus depoimentos. Aqueles ficarão anotados em impresso distinto, remetido pela Autoridade Policial ao Juiz competente juntamente com os autos do inquérito após edição do relatório. No Ofício de Justiça, será arquivada a

7.1. EXAME DE CORPO DE DELITO

O exame de corpo de delito é uma das principais providências no caso de crimes que deixam vestígios, conforme artigo 158 do Código de Processo Penal⁵⁶, sob pena de nulidade, tendo em vista que o laudo pericial irá comprovar a existência ou não do crime.

No que tange a Lei Maria da Penha, o artigo 12 §3º da citada lei afirma ser admitido como meio de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde, portanto, entende-se que, nesses casos, tais documentos podem suprir o exame de corpo de delito.

7.2. REPRESENTAÇÃO E PALAVRA DA VÍTIMA

É sabido, como já visto anteriormente, que configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, nas circunstâncias já estudadas.

Nesse diapasão, qualquer infração penal que se enquadre nesses requisitos configura violência doméstica e familiar contra a mulher. Desta feita, os crimes podem ser de ação penal privada, ação penal pública condicionada a representação ou incondicionada.

No que se refere a ação penal privada e ação penal pública condicionada a representação, há uma condição de procedibilidade, na qual depende do consentimento da vítima para poder instaurar inquérito policial ou oferecer denúncia.

Já quanto ao crime de ação penal pública incondicionada, o consentimento da vítima é desnecessário e a persecução penal pode ser deflagrada contra o autor, desde que haja materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

Neste ponto, é importante citar a Súmula 542 do Superior Tribunal de Justiça⁵⁷, em que estabelece que a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é

comunicação em pasta própria, autuada com, no máximo, duzentas folhas, numeradas, sob responsabilidade do Escrivão.

56 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Portal da legislação**. Brasília, out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em 7 nov. 2020.

57 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 542. **Pesquisa de jurisprudência**, Súmulas. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=542> >. Acesso em: 10 set. 2020.

de ação penal pública incondicionada, portanto, não depende da vontade da vítima para iniciar a persecução penal.

De acordo com o artigo 38 e 39 do Código de Processo Penal⁵⁸, a representação pode ser exercida dentro do prazo de 6 meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, e pode ser exercido pessoalmente ou por procurador com poderes especiais ao juiz, ao órgão do Ministério Público ou a autoridade policial. Ademais, não há formalidade para a representação.

No que tange a vontade da vítima quanto a desistência das medidas protetivas de urgência, embora haja decisões em contrário, vale ressaltar o entendimento de Thiago Garcia sobre o tema:

Entendemos que a ofendida não pode dispensar a medida protetiva ainda que se trate de crime de ação penal privada/pública condicionada a representação. Havendo perigo em relação à incolumidade física ou psíquica da mulher, deve o Juiz conceder ou manter a medida, independentemente da vontade dela, já que se trata de instrumento autônomo em relação ao inquérito/processo, que sequer necessita da existência de uma infração penal.⁵⁹

O Superior Tribunal de Justiça exarou entendimento quanto a importância da palavra da vítima nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Não há qualquer ilegalidade no fato de a condenação referente a delitos praticados em ambiente doméstico ou familiar estar lastreada no depoimento prestado pela ofendida, já que tais ilícitos geralmente são praticados à clandestinidade, sem a presença de testemunhas, e muitas vezes sem deixar rastros materiais, motivo pelo qual a palavra da vítima possui especial relevância.⁶⁰

58 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

Portal da legislação. Brasília, out. 1941. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em 7 nov. 2020.

59 GARCIA, Thiago. **Tudo o que você precisa saber sobre: Delegado de Polícia, Lei Maria da Penha e Princípio da Insignificância**/Thiago Garcia. – São Paulo: Rideel, 2019, p. 134.

60 RHC 81.324/AM, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017.

No que tange aos crimes de violência doméstica e familiar, entende esta Corte que a palavra da vítima assume especial importância, pois normalmente são cometidos sem testemunhas (ut, AgRg no AREsp 213.796/DF, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES - Desembargador convocado do TJ/PR -, Quinta Turma, DJe 22/02/2013).⁶¹

Corroborando o assunto, é oportuno apresentar as palavras de Maria Berenice Dias⁶²:

A Lei Maria da Penha não é uma simples lei, é um precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial. Verdadeiro microssistema que visa coibir a violência doméstica trazendo importantes mudanças. Apesar de não ser uma lei penal, nítido o seu colorido penalizador, ao tratar com mais rigor as infrações cometidas contra a mulher, no âmbito familiar, doméstico e em relações íntimas de afeto. Enquanto no processo penal comum vige o princípio in dúbio pro reo, no caso de violência doméstica vigora o in dúbio pró-mulher. Pela primeira vez é emprestada credibilidade à palavra da mulher. Quando se está diante de um episódio de violência doméstica, é indispensável reconhecer a condição de vulnerabilidade da vítima que jamais dispôs de um instrumento ágil e eficaz para se proteger do agressor com quem coabita. Cabe lembrar que, antes da Lei Maria da Penha, o registro da violência perante a autoridade policial não gerava qualquer iniciativa protetiva imediata. Era necessário o ingresso de um procedimento cautelar de separação de corpos no juízo de família. O tempo decorrido entre o ato de violência e a resposta efetiva do Estado deixava a vítima à mercê do agressor. Certamente esta era uma das causas de a mulher ter dificuldade de denunciar a violência da qual era vítima.

[...]

Como nem sempre a violência deixa vestígios visíveis, é necessário emprestar credibilidade à palavra da mulher para a concessão de medidas protetivas. Impõe-se a inversão dos encargos probatórios, Apesar de a prova negativa ser considerada diabólica, cabe ao

61 AgRg no AREsp 1009886/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017

62 DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. Salvador: Editora JusPodivm. 2018, p. 103/104.

agressor provar que a violência não ocorreu. Ainda assim não se trata de um direito penal de gênero, mas, sim, de efetivo direito que protege a vítima. Também não se edifica o chamado direito penal do inimigo, uma vez que o sujeito ativo, no caso, etiquetou-se como agressor.

Desta feita, a palavra da vítima é considerada um meio de prova e, apesar do julgador ter liberdade na apreciação das provas, em decorrência do sistema do livre convencimento motivado, conforme artigo 155 do Código de Processo Penal⁶³, a palavra da vítima possui uma importância específica nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

8. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

As medidas protetivas de urgência são medidas cautelares utilizadas como meio de proteção legal para pessoas que estejam em uma situação de perigo/risco atual ou iminente, cujos pressupostos são o *periculum in mora* (perigo da demora) e *fumus boni iuris* (aparência do bom direito).

Sem aprofundar no tema, o *periculum in mora* trata-se da preocupação que uma possível demora da decisão judicial possa causar dano ao bem tutelado. Já o *fumus boni iuris* refere-se a um indício de que aquele direito que se pleiteia, de fato, existe.

As medidas protetivas de urgência presentes na Lei Maria da Penha estão previstas nos artigos 22, 23 e 24 da citada legislação, notadamente medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor a não praticar determinadas condutas e medidas protetivas de urgência à vítima.

A mulher ofendida deverá fazer o pedido da medida protetiva, ou a requerimento do Ministério Público, e caberá ao juiz, no prazo de 48 horas, decidir sobre a concessão ou não da proteção. Além disso, conforme orienta o artigo 18 da Lei⁶⁴, o juiz deve comunicar o Ministério Público para adotar as providências cabíveis, determinar apreensão de arma de fogo na posse do agressor, se for o caso, e encaminhar a ofendida a assistência judiciária.

63 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

Portal da legislação. Brasília, out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em 7 nov. 2020.

64 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm >. Acesso em: 20 nov. 2020.

Vale fazer aqui um parêntese sobre a legitimidade do pedido de medida protetiva. A lei versa apenas em pedido da ofendida ou requerimento do Ministério Público, conveniente para endossar o assunto, Thiago Garcia assevera⁶⁵:

Primeira, mesmo não havendo previsão expressa na Lei nº 11.340/2006, o Juiz pode conceder *medidas protetivas de ofício*, em qualquer etapa da persecução penal. ora, se a Lei Maria da Penha permite a *decretação de prisão preventiva de ofício* (art. 20), implicitamente, também admite a imposição de medida menos gravosa ao agente, ainda que os legitimados do art. 19, *caput*, não tenham feito pedido nesse sentido.

[...]

Segunda, apesar de não constar no art. 19 da lei em testilha, defende-se que o *Delegado de Polícia pode representar* pela concessão de medidas protetivas. Se a vítima registra boletim de ocorrência, mas por algum motivo deixa de solicitar protetivas, percebendo a autoridade policial que ela está correndo perigo, *deve agir por conta própria*, com base nos arts. 282, §2º, e 319 do CPP. Ora, se, como regra geral, tratando-se de qualquer tipo de crime e vítima, o Delegado pode representar, como sustentar que o Estatuto da Mulher pretendeu excluir a ação dele em prol da ofendida?

Fechado o parêntese feito, cabe salientar que as medidas protetivas podem ser concedidas de forma imediata, independente da oitiva das partes numa audiência ou uma robusta apresentação de provas, inclusive, apenas a palavra da vítima pode ser justificativa para tanto, como já visto anteriormente. Desta feita, o contraditório deve ser diferido, sendo o agressor ouvido em oportunidade posterior, tendo em vista caráter emergencial da medida.

Inclusive, a medida protetiva independe de ação penal como bem observa o Enunciado nº 41 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil⁶⁶:

65 GARCIA, Thiago. **Tudo o que você precisa saber sobre: Delegado de Polícia, Lei Maria da Penha e Princípio da Insignificância**/Thiago Garcia. – São Paulo: Rideel, 2019, p. 184.

66 Enunciado nº 41 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil. Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH, em 06/09/2017 e pelo Colegiado

Nos casos de violência prevista no artigo 7º. da Lei Maria da Penha, sem correspondente de tipicidade criminal, mesmo havendo arquivamento do procedimento investigatório por insuficiência de provas, ausência de condição de procedibilidade ou sentença com trânsito em julgado, é possível a concessão ou manutenção de Medida Protetiva de Urgência, independentemente de ação penal atual ou potencial, a perdurar pelo período de tempo necessário à proteção efetiva da mulher.

Dentro desse contexto, ter como exigência um contraditório prévio para concessão de medida protetiva de urgência, pode não cumprir um dos objetivos da Lei que é a segurança da mulher, vítima de violência doméstica ou familiar.

Destaca-se que se for um caso de prisão em flagrante do agressor, neste caso, é de bom tom que seja ouvido sobre o pedido de medida protetiva, se for o caso. Além disso, se a vítima possuir provas, estas podem ser juntadas ao pedido. Ademais, não é necessário haver a prática de infração penal para que uma medida protetiva de urgência seja concedida.

Neste cenário, resta apresentar as medidas protetivas de urgência. Inicialmente, as medidas protetivas que obrigam o agressor estão disciplinadas no artigo 22 da Lei 11.340/200667, *in verbis*:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

do CNPG em 13/11/2017. Disponível em:

file:///C:/Users/carol/Downloads/ENUNCIADOS%20COPEVID.pdf. Acesso 28 nov. 2020.

67 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e

VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

O presente rol de medidas protetivas não é taxativo, podendo haver a aplicação de outras medidas constantes das demais legislações em vigor. Ademais, é possível o auxílio da força policial para dar efetividade às medidas.

Vale observar, quanto a proibição de contato com a ofendida, familiares ou testemunhas, que tal medida se refere também ao contato por redes sociais ou aplicativos de conversa.

Interessante pontuar, ainda, como visto em seção anterior, que a autoridade policial foi legitimada a conceder medida protetiva, no tocante ao afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, nas condições já vistas.

Em relação as medidas protetivas à vítima, encontra-se disciplinada nos artigos 23 e 24 da Lei Maria da Penha⁶⁸, *in verbis*.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

68 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Vale salientar que para pedir tais medidas protetivas, a vítima não precisa estar acompanhada por um advogado e o pedido pode ser feito a autoridade policial, ao juiz ou ao Ministério Público.

Ainda, as medidas protetivas de urgência podem ser concedidas independente de instauração de inquérito policial ou processo penal, devido ao ser caráter de urgência, inclusive podem ser concedidas em sede de ação cível como visto a seguir em decisão do Superior Tribunal de Justiça:

As medidas protetivas previstas na Lei n. 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. 'O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas' (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).69

Oportuno apresentar o Enunciado nº 4/2011 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil⁷⁰:

As Medidas de Proteção foram definidas como tutelas de urgência, sui generis, de natureza cível e/ou criminal, que podem ser deferidas de plano pelo Juiz, sendo dispensável, a princípio, a instrução, podendo perdurar enquanto persistir a situação de risco da mulher.

Destaca-se que as medidas protetivas podem ser revogadas a qualquer tempo ou substituídas por outras, além de poder ser aplicadas de forma cumulada.

Oportuno esclarecer que a vítima receberá uma cópia da decisão, através de um oficial de justiça, no endereço indicado a fim de que saiba sobre o resultado da solicitação de medidas protetivas. O mesmo ocorrerá com o autor do fato. Caso o pedido seja negado e a violência continue, a vítima deve novamente procurar a Delegacia de Polícia ou Ministério Público para informar o caso.

69 REsp 1.419.421/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 07/04/2014.

70 Enunciado nº 4/2011 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil. Com nova redação aprovada na Reunião Ordinária do GNDH de 12 e 14/03/2013 e pelo Colegiado do CNPG de 29/04/2014. Disponível em: <file:///C:/Users/carol/Downloads/ENUNCIADOS%20COPEVID.pdf>. Acesso 28 nov. 2020.

Interessante ainda dizer que, na cidade de São Paulo, existe o programa “Guardiã Maria da Penha”, o qual tem o objetivo de fiscalizar a segurança das mulheres que tiveram medidas protetivas concedidas, fazendo visitas regulares para saber se o autor está respeitando tais medidas. A equipe é treinada pela Guarda Civil Metropolitana.

Por fim, quanto a duração das medidas protetivas de urgência, a Lei Maria da Penha não menciona nenhum prazo. O juiz quem deve determinar o prazo, porém o ideal é que o critério utilizado seja enquanto houver a duração da situação de risco da vítima.

Ademais, já houve julgado do Superior Tribunal de Justiça afirmando que não seria adequado a manutenção da medida protetiva no caso de haver uma sentença absolutória para o autor⁷¹.

8.1. (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

As medidas protetivas de urgência são uma forma que o legislador encontrou para dar efetividade à Lei Maria da Penha e garantir a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, porém mesmo após 14 anos da promulgação da referida Lei, não é sempre que as medidas são cumpridas pelo autor dos fatos.

As vítimas de violência doméstica e familiar sofrem um risco iminente, uma vez que o agressor, muitas vezes, está dentro do seu próprio lar e a morosidade dos procedimentos legais para implementar as medidas de proteção causam um grande obstáculo para a efetividade da Lei Maria da Penha.

Dentro desse contexto, a morosidade dá-se devido a estrutura ineficiente do Estado, uma vez que há uma falta de pessoal nos órgãos públicos, o que faz com que os procedimentos se acumulem, tanto no Judiciário quanto nas Delegacias de Polícia, fazendo com que a resposta chegue tarde. Além disso, há também falta de profissionais qualificados no atendimento dos casos de violência doméstica, inclusive, a vítima ainda tem que lidar, em alguns casos, com aqueles servidores que deixam seu sentimento/preconceito/machismo pessoal interferir no trabalho, fazendo a mulher sofrer revitimização.

Observa-se também falta de estrutura e rede multidisciplinar que tenham profissionais capacitados para tais casos. Portanto, há uma série de condições que levam ao sentimento de impunidade do agressor.

71 STJ, 6ª Turma, HC. nº 340624, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 23/2/2016.

Ademais, outro obstáculo apresentado à eficácia das medidas protetivas está na fiscalização destas, uma vez que não há profissionais suficientes para um atendimento frequente às vítimas ou para um policiamento de suporte necessário.

Nesse diapasão, a autora Nádia Gerhard comenta sobre a insuficiência de tais medidas protetivas da Lei Maria da Penha⁷²:

As estatísticas comprovam que a simples Medida Protetiva de Urgência não tem alcançado a segurança e a tranquilidade que as mulheres que se encontram em tal situação merecem. Observa-se que, mesmo “amparadas” por tal instrumento, muitas vezes as mulheres voltam a ser agredidas, violentadas e até mesmo assassinadas pelos mais diversos motivos. O fim de um relacionamento, uma desavença conjugal, um sentimento de posse e propriedade sobre a companheira são razões que têm levado muitas mulheres às agressões constantes e, em muitos casos, à morte.

Como pode se ver, apesar de a Lei Maria da Penha ter sido criada com o propósito de erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, em muitos casos, as medidas protetivas se mostram insuficientes para a proteção das vítimas.

Verifica-se que a mulher vítima de violência doméstica ou familiar necessita de uma resposta rápida e imediata e, diante disso, a concessão de medidas protetivas pela autoridade policial foi um grande passo na busca dessa eficácia.

Como já fora visto, a Lei 13.827/2019 incluiu o artigo 12-C, o qual permitiu que a autoridade policial, dentre algumas condições, concedesse o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, imediatamente. Para tanto, deve ser verificado risco atual ou iminente à vida ou integridade física da vítima ou seus dependentes.

Entretanto, o Delegado de Polícia somente poderá conceder a medida citada se o Município não for sede de comarca ou o policial quando o Município não for sede de comarca e não houver Delegado disponível no momento da denúncia, sendo o juiz comunicado em 24 horas e decidindo sobre a manutenção ou revogação da medida em igual prazo, como se verifica no dispositivo abaixo.

72 GERHARD, Nádia. **Patrulha Maria da Penha: O impacto da ação da Polícia Militar no enfrentamento da violência doméstica**. Porto Alegre: AGE e ediPUCRS, 2014. pg. 84.

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.⁷³

Ao analisar a Lei Maria da Penha, verifica-se que o artigo. 12-B incluído pela Lei nº 13.505/2017 fora vetado. Oportuno trazer sua redação:

Art. 12-B. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física e psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de seus dependentes, a autoridade policial, preferencialmente da delegacia de proteção à mulher, poderá aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência previstas no inciso III do art. 22 e nos incisos I e II do art. 23 desta Lei, intimando desde logo o agressor.

§ 1º O juiz deverá ser comunicado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas e poderá manter ou rever as medidas protetivas aplicadas, ouvido o Ministério Público no mesmo prazo.

73 BRASIL. Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm#art2>. Acesso em: 28 nov. 2020.

§ 2º Não sendo suficientes ou adequadas as medidas protetivas previstas no caput, a autoridade policial representará ao juiz pela aplicação de outras medidas protetivas ou pela decretação da prisão do agressor.

Dentre as razões do veto, destaca-se:

Os dispositivos, como redigidos, impedem o veto parcial do trecho que incide em inconstitucionalidade material, por violação aos artigos 2º e 144, § 4º, da Constituição, ao invadirem competência afeta ao Poder Judiciário e buscarem estabelecer competência não prevista para as polícias civis.⁷⁴

Salienta-se que o referido dispositivo vetado seria essencial para a proteção da mulher. A autoridade policial teria permissão para conceder mais de uma medida protetiva de urgência, além de não estar restrito a questões municipais como disposto no artigo 12-C do mesmo diploma legal.

A ofendida teria, assim, uma resposta mais rápida para seu risco de vida e integridade física que é enorme, uma vez que encontra na autoridade policial seu primeiro contato em busca de socorro. É certo que somente a concessão de medidas protetivas não anula a prática de crimes, mas já aumentaria a proteção em torno da vítima vulnerável.

Neste cenário, oportuno apresentar palavras de Thiago Garcia para corroborar esse entendimento⁷⁵:

A concessão de medidas protetivas não é matéria abrangida pela *cláusula de reserva de jurisdição*, inexistindo, na Constituição Federal, dispositivo nesse sentido.

74 Projeto de Lei nº 11-B, de 2019 - Da Sra. Joice Hasselmann. Encontra-se disponível em: <
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=15A833DD902FD265836A2C1F3470F116.proposicoesWebExterno2?codteor=1840489&filename=Parecer-Aprovacao-CSPCCO-27-11-2019#:~:text=12%2DC%20e%20nas%20mesmas,intimando%20desde%20logo%20o%20agressor. > Acesso 28 nov. 2020.

75 GARCIA, Thiago. **Tudo o que você precisa saber sobre: Delegado de Polícia, Lei Maria da Penha e Princípio da Insignificância**/Thiago Garcia. – São Paulo: Rideel, 2019, p. 112/113.

Na condição de *primeiro garantidor da Justiça*, o Delegado de Polícia deve ter instrumentos eficazes para exercer suas funções, notadamente no que se refere à preservação da vítima, em consonância com o *princípio da proibição de proteção deficiente*.

Ora, se o Delegado de Polícia possui o poder de realizar a prisão em flagrante do agente, cerceando *totalmente* a sua liberdade, como sustentar a impossibilidade de a autoridade policial restringir *parcialmente* a liberdade de ir e vir do agressor?

[...]

O desacerto da tese de inconstitucionalidade aumenta quando se verifica que o dispositivo vetado dizia que o Juiz deveria ser comunicado dentro de 24 horas sobre as medidas protetivas concedidas pelo Delegado de Polícia, sistemática que seguiria a regra da prisão em flagrante (art. 306, §1º, do CPP). Em outras palavras, a decisão do Delegado de Polícia vigoraria por pouco tempo e passaria pelo *controle judicial*, quadro que reforça o pensamento de que o agente não sofreria nenhum prejuízo.

Desta feita, se tal dispositivo não fosse vetado, seria um enorme ganho para a mulher, e seus dependentes, vítima de violência doméstica e familiar, uma vez que haveria celeridade nesse processo de deferimento de medida protetiva de urgência, portanto, aumentar o leque de medidas protetivas concedidas pela autoridade policial seria fundamental.

Ademais, dentro desse contexto, também fora de suma importância na busca de maior eficácia da Lei Maria da Penha a criação do crime de descumprimento de medida protetiva, disciplinado no artigo 24-A do citado diploma legal, como será melhor detalhado em seção seguinte.

A tipificação desta conduta criminosa faz com que o agressor seja sancionado de forma imediata ao descumprir uma medida protetiva de urgência, inclusive podendo ser preso em flagrante. Diante disso, este crime pode, no mínimo, fazer com que o agressor reflita antes de descumprir uma medida protetiva, o que gera uma maior proteção e eficácia para a Lei.

9. CRIME DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA

A Lei Maria da Penha, antes da inovação trazida pela Lei nº 13.641, de 3 de abril de 2018, não apresentava tipificação delituosa em sua redação, apenas tratava de crimes já tipificados em outras legislações.

A partir da inclusão do artigo 24-A, notadamente na Seção IV do Capítulo II “Das medidas protetivas” no Título IV da Lei Maria da Penha, a citada Lei passou a tipificar o crime de descumprimento de medida protetiva, cuja penalidade é de detenção, com a seguinte redação⁷⁶:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

Oportuno dizer que esta fora mais uma alteração legislativa em busca de maior eficácia da Lei Maria da Penha, tendo em vista que o agressor, anteriormente, ao descumprir uma medida protetiva de urgência, não recebia uma sanção imediata em contrapartida.

Dentro desse contexto, a autoridade policial poderia fazer o pedido de prisão preventiva do agressor, caso fosse comunicado do descumprimento, porém tal pedido ainda passaria pela análise do Judiciário e, assim, a vítima ficava desprotegida até a decisão.

Salienta-se que o tipo penal em questão compreende somente as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, independente de ter sido concedida por juiz criminal ou de outra área do Direito.

O tipo penal do artigo 24-A exige o dolo de descumprir a medida protetiva para ser configurado, não existindo na modalidade culposa. É certo, ainda, que o sujeito ativo apenas pode cometer tal conduta criminosa a partir do momento em que toma conhecimento das medidas protetivas, seja através do Oficial de Justiça ou qualquer outra prova que demonstre que o agressor tinha o devido conhecimento, e, portanto, poderá ser preso em flagrante, conforme o parágrafo 2º do referido dispositivo legal.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 28 nov. 2020.

Trata-se de crime formal, uma vez que não é preciso a ocorrência de um resultado para ser configurado, bem como admite tentativa. Ademais, o crime em tela é próprio, ou seja, apenas pode ser praticado pelo destinatário da medida protetiva.

9.1. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

Anteriormente a tipificação do crime de descumprimento de medida protetiva de urgência, havia uma discussão na doutrina sobre se tal conduta poderia ser enquadrada no crime de desobediência, tipificado no artigo 330 do Código Penal.

O Superior Tribunal de Justiça proferiu jurisprudência no seguinte sentido⁷⁷:

Ocorreu o descumprimento de uma medida protetiva decretada com fulcro no art. 22 da Lei nº 11.340/2006, não se pode dizer que ocorreu crime de desobediência, por existirem as sanções específicas impostas pela própria legislação e pelo Código de Processo Penal, como a requisição de força policial, a multa e a até a possibilidade de se decretar a prisão preventiva, sem que a norma tenha ressalvado a possibilidade de cumulação. (...)

Vale apresentar também o Enunciado nº 7/2011 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil (COPEVID)⁷⁸, o qual possui entendimento em sentido contrário:

O descumprimento das medidas protetivas de urgência configura, em tese, crime de desobediência, cuja competência para processar e julgar é dos Juízos Especializados de Violência Doméstica, em razão da conexão e pelo fato de a mulher ser o sujeito passivo secundário do delito, sofrendo diretamente as consequências do descumprimento.

Desta feita, a partir de 2018, com a alteração legislativa tipificando novo tipo penal foi solucionado tal questão.

9.2. LEI Nº 9.099/1995

77 STJ, 5ªT., THC nº 41970, rel. Min. Laurita Vaz, j. 7-8-2014.

78 Enunciado nº 7/2011 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil. Aprovado na Plenária da IV Reunião Ordinária do GNDH de 07/12/2011 e pelo Colegiado do CNPG de 19/01/2012). Disponível em: <file:///C:/Users/carol/Downloads/ENUNCIADOS%20COPEVID.pdf>. Acesso 28 nov. 2020.

A Lei nº 9.099/1995 dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais, notadamente, versa sobre os crimes de menor potencial ofensivo, qual seja, contravenções penais ou crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa, conforme artigo 61 deste diploma legal⁷⁹.

A Lei Maria da Penha traz em redação de seu artigo 41, a norma de que não se deve utilizar a Lei nº 9.099/1995 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, *ipsis litteris*⁸⁰:

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Observa-se que a penalidade do crime de descumprimento de medida protetiva é pena de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, portanto, em teoria, crime de menor potencial ofensivo.

Diante de tal informação, outra discussão doutrinária surgiu sobre a temática da incidência da Lei nº 9.099/1995 no crime de descumprimento de medida protetiva ou não. Dentre as correntes doutrinárias, uma diz que deve ser aplicada a Lei nº 9.099/1995 devido a pena do tipo penal e fundamenta-se também no argumento de que o artigo 41 da Lei Maria da Penha citou os crimes praticados “com” violência doméstica e familiar e, por isso, poderia ser elaborado termo circunstanciado, bem como caberia a transação penal.

Em contrapartida, a outra vertente, aquela de melhor monta, é a que afirma que não cabe a aplicação da Lei nº 9.099/1995, uma vez que a própria Lei Maria da Penha já dispõe isso em seu artigo 41.

Como forma de corroborar esse entendimento, apresenta-se a visão do autor Thiago Garcia nesse sentido⁸¹:

79 BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 28 nov. 2020.

80 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 28 nov. 2020.

81 GARCIA, Thiago. **Tudo o que você precisa saber sobre: Delegado de Polícia, Lei Maria da Penha e Princípio da Insignificância**/Thiago Garcia. – São Paulo: Rideel, 2019, p. 229/230.

Obviamente, no primeiro momento, a tendência é acreditar que o descumprimento de medida protetiva não envolve violência, pois normalmente tal termo está vinculado à agressão física. Ocorre que essa ideia não resiste à interpretação sistemática. De fato, a expressão “violência doméstica e familiar”, presente no art. 41, deve ser interpretada em conformidade com o art. 7º da Lei Maria da Penha, pois é nesse dispositivo que o legislador elencou as formas de “violência doméstica e familiar”. Em seu inc. II está exposta a definição de “violência psicológica” [...]

Desse modo, verifica-se que o crime do art. 24-A representa inequívoca forma de violência psicológica, posto que produz os efeitos nocivos descritos no art. 7º, II, sendo de rigor a adoção do art. 41 para afastá-lo da Lei nº 9.099/1995.

[...]

Outro dado que reforça a necessidade de adotar a segunda corrente é o art. 24-A, §2º, no qual consta que, na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. Ora, se fosse cabível a Lei nº 9.099/1995, seria desnecessária a existência do citado dispositivo, pois o Delegado de Polícia lavraria termo circunstanciado contra o conduzido, medida incompatível com a estipulação de fiança (art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995), em regra.

Portanto, não há dúvidas de que a Lei nº 9.099/1995 não incide sobre o crime de descumprimento de medida protetiva presente na Lei Maria da Penha, inclusive, cabendo a prisão em flagrante delito.

Dentro desse contexto, oportuno apresentar o Enunciado nº 182 e Enunciado nº 283 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil, *verbis*:

82 Enunciado nº 1/2011 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil. Aprovado na Plenária da II Reunião Ordinária do GNDH de 10/06/2011 e pelo Colegiado do CNPG de 17/06/2011). Disponível em: <file:///C:/Users/carol/Downloads/ENUNCIADOS%20COPEVID.pdf>. Acesso 28 nov. 2020.

83 Enunciado nº 2/2011 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil. Com nova redação aprovada Reunião Ordinária do GNDH de 05/07/2013 e pelo Colegiado do CNPG de 30/07/2013). Disponível em: <file:///C:/Users/carol/Downloads/ENUNCIADOS%20COPEVID.pdf>. Acesso 28 nov. 2020.

Enunciado nº 01 (001/2011):

Nos casos de crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher não se aplica a suspensão condicional do processo.

Enunciado nº 02 (002/2011):

O art. 41 da Lei Maria da Penha aplica-se indistintamente aos crimes e contravenções penais, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, também não é aplicado a Lei nº 9.099/1995 para contravenções penais em âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher, conseqüentemente, os institutos da suspensão condicional do processo e a transação penal, próprios da Lei nº 9.099/1995, não são aplicáveis aos casos que a Lei Maria da Penha abrange.

9.3. FIANÇA

A fiança é uma garantia do acusado consistente no pagamento de um valor em dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, ou até mesmo títulos de dívida pública ou hipoteca com o fim de ter sua liberdade preservada até sentença condenatória.

Segundo o artigo 322 do Código de Processo Penal⁸⁴, a autoridade policial ou juiz poderão conceder fiança, porém o Delegado de Polícia apenas no caso de infração cuja pena privativa máxima não seja superior a quatro anos, já nos demais casos será concedida pelo juiz.

Dentro desse contexto, ao analisar o artigo 313 e 324 do Código de Processo Penal⁸⁵, observa-se que a autoridade policial não poderá decretar fiança nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, uma vez que é determinado que não será concedida fiança quando presentes as condições de decretação da prisão preventiva, conforme se vê nos dispositivos abaixo:

84 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Portal da legislação**. Brasília, out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em 28 nov. 2020.

85 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Portal da legislação**. Brasília, out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em 28 nov. 2020.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

[...]

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (art. 312).

Como forma de corroborar o tema, Enunciado nº 6/2011 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil (COPEVID)⁸⁶:

Nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idosa, enfermo ou pessoa com deficiência, é vedada a concessão de fiança pela Autoridade Policial, considerando tratar-se de situação que autoriza a decretação da prisão preventiva nos termos do artigo 313, III, CPP.

Ademais, o parágrafo 2º do artigo 24-A da Lei Maria da Penha que trata sobre o crime de descumprimento de medida protetiva, dispõe que apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança no caso deste delito.

9.4. PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória, decretada pelo juiz, em qualquer fase da investigação ou da instrução criminal, desde que haja prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

⁸⁶ Enunciado nº 6/2011 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil. Aprovado na Plenária da IV Reunião Ordinária do GNDH de 07/12/2011 e pelo Colegiado do CNPG de 19/01/2012). Disponível em: <file:///C:/Users/carol/Downloads/ENUNCIADOS%20COPEVID.pdf>. Acesso 28 nov. 2020.

Os fundamentos para a decretação da prisão preventiva, conforme artigo 312 do Código de Processo Penal⁸⁷, são a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.

Já fora visto que é possível a decretação da prisão preventiva em caso crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher. Ademais, o artigo 311 do Código de Processo Penal⁸⁸ afirma que a prisão preventiva pode ser requerida pelo Ministério Público, querelante ou assistente ou por representação do Delegado de Polícia.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

No que tange a Lei Maria da Penha, oportuno apresentar a redação do seu artigo 2089.

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Desta feita, em âmbito de violência doméstica e familiar contra mulher, é possível decretação de prisão preventiva durante o inquérito policial ou processo penal, inclusive

87 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

Portal da legislação. Brasília, out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em 28 nov. 2020.

88 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

Portal da legislação. Brasília, out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em 28 nov. 2020.

89 BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm >. Acesso em: 28 nov. 2020.

de ofício pelo juiz, além do requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial.

9.5. AÇÃO PENAL

A ação penal dos crimes em âmbito da Lei Maria da Penha é a mesma àquela determinada para cada crime normalmente, portanto, os que são de ação penal pública incondicionada permanecerão sendo assim, enquanto que aqueles de ação penal privada continuam com o mesmo procedimento, bem como os de ação penal pública condicionada.

A exceção acontece no que tange o crime de lesão corporal leve ou culposa, tendo em vista disposição do artigo 88 da Lei nº 9.099/1995, *verbis*:

Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

Ocorre que a Lei Maria da Penha não permite a aplicação da Lei nº 9.099/1995, como já analisado anteriormente, conforme artigo 41 da Lei nº 11.340/2006. Portanto, mesmo que ocorra o crime de lesão corporal leve ou culposa em âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher, a ação penal será pública incondicionada, não necessitando de representação da vítima no prazo de seis meses.

Oportuno apresentar o Enunciado nº 8 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil⁹¹:

Considerando a confirmação pelo STF da constitucionalidade da Lei Maria da Penha (ADIN 4424 e ADC 19), julgadas no dia 09/02/2012, a ação penal nos crimes de lesão corporal leve e contravenção penal de vias de fato, praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher, é pública incondicionada, sendo os efeitos de tais decisões

90 BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Portal da legislação**, Brasília.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 28 nov. 2020.

91 Enunciado nº 8/2012 da Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil. Aprovado na Plenária da I Reunião Ordinária do GNDH de 28/03/2012 e pelo Colegiado do CNPG de 31/05 e 01/06/2012). Disponível em: <file:///C:/Users/carol/Downloads/ENUNCIADOS%20COPEVID.pdf>. Acesso 28 nov. 2020.

ex tunc, vinculantes e erga omnes, não alcançando somente os casos acobertados pela coisa julgada.

Neste cenário, vale salientar que as contravenções penais, mesmo em âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher, possuem ação penal pública incondicionada, conforme artigo 17 da Lei das Contravenções Penais⁹².

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento de a presente pesquisa analisou a ineficácia das medidas protetivas de urgência no âmbito da Lei Maria da Penha, bem como avaliou condições que podem trazer maior eficácia para o referido diploma legal. Além disso, fora estudado aspectos gerais da Lei nº 11.340/2006.

De modo geral, a Lei Maria da Penha foi criada como ação afirmativa, ou seja, caráter temporário e com o objetivo de erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa temática é muito complexa, visto que a violência contra a mulher encontra bases na sociedade patriarcal em que vivemos.

Observa-se que após 14 anos de promulgação da Lei Maria da Penha muito já foi conquistado, porém, infelizmente, para alcançar seu objetivo de erradicação da violência contra a mulher tem um caminho longo a ser percorrido e não há solução apenas em legislações, mas sobretudo na educação da sociedade.

Ao longo do trabalho, fora verificado índices alarmantes no que tange a violência doméstica e familiar contra a mulher, uma vez que, no Brasil, há 1 caso de agressão a mulher a cada quatro minutos. Ademais, em quase totalidade dos casos, o agressor é alguém conhecido da vítima.

Chama a atenção que a Lei Maria da Penha é considerada uma das melhores, nesse aspecto, em âmbito mundial, porém, ao mesmo tempo, o Brasil está em 5º lugar no *ranking* mundial de taxa de feminicídio. Isso demonstra que há algo errado na aplicação da Lei.

Ademais, ainda em relação aos dados estatísticos, foi verificado que há grande número de subnotificação, ou seja, muitas vítimas não denunciam ou buscam ajuda, então a realidade é ainda pior do que os dados levantados.

92 BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Portal da legislação**, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm#:~:text=contos%20de%20r%C3%A9is,-,Art.,a%20dois%20contos%20de%20r%C3%A9is.>. Acesso em: 29 nov. 2020.

Neste cenário, o ano de 2020, devido a pandemia causada pelo vírus COVID-19, aumentou os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher durante o período de quarentena, bem como o número de subnotificações desses crimes devido à dificuldade em formalizar denúncia às autoridades policiais em virtude das medidas de isolamento social.

Destaca-se que, para configurar a violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei em tela exige alguns requisitos, quais sejam, haja qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito doméstico, familiar ou relação íntima de afeto.

Vale salientar que apesar de a maioria dos sujeitos ativos serem pessoas do sexo masculino, também é possível ser do sexo feminino, porém o sujeito passivo sempre será a mulher, quando se tratar da Lei Maria da Penha.

No que tange o atendimento pela autoridade policial, devido a alterações legislativas, a assistência na Delegacia de Polícia sofreu algumas mudanças, tendo em vista que a mulher tem direito a um atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores, preferencialmente do sexo feminino. Diante disso, os profissionais precisaram ter maior capacitação, a fim de que seja evitada a revitimização.

Em sequência, aprofundando na temática do presente trabalho, foram analisadas as medidas protetivas de urgência. Estas são uma forma de dar maior proteção a vítima e efetividade à Lei Maria da Penha, porém foi visto que o autor da violência contra a mulher, muitas vezes, descumpra tais medidas, causando um sentimento de impunidade.

Outrossim, foi possível verificar que a ineficácia das medidas protetivas de urgência muito se dá a estrutura ineficiente do Estado, tendo em vista que a falta de servidores nos órgãos públicos causa morosidade nos procedimentos, bem como há falta de profissionais capacitados no atendimento desses casos.

A morosidade na concessão das medidas protetivas é um risco para a vítima, a qual precisa de uma resposta rápida, tendo em vista que, na maioria, o agressor encontra-se dentro do próprio lar da ofendida.

Neste cenário, é preciso contratação e capacitação de um grande número de profissionais para que tenha uma maior fiscalização a fim de que a vítima possua um atendimento frequente que lhe dê suporte.

A partir disso, pode-se concluir que uma solução seria ampliar a concessão de medidas protetivas pelo Delegado de Polícia e não estar restrito a apenas uma possibilidade, como ocorre atualmente, e mesmo assim, não se dá de forma livre.

Essa solução apresentada seria de enorme valia para a vítima, uma vez que encontra no policial seu primeiro contato em busca de ajuda e, por estar em risco iminente, um procedimento mais célere é essencial para aumentar sua proteção e, conseqüentemente, a eficácia destas medidas protetivas.

Dentro desse contexto, as alterações legislativas feitas na Lei Maria da Penha desde sua promulgação caminham em busca de sua maior eficácia. Pode-se citar a tipificação do crime de descumprimento de medida protetiva, o que gerou ao agressor possibilidade de ser sancionado de forma imediata ao descumprir medida protetiva a ele imposta, inclusive podendo ser preso em flagrante.

Por fim, não menos importante, muitos mecanismos foram criados para dar assistência à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Destaca-se aplicativos como o “juntas” e o “PenhaS”, cujo objetivo é disseminar informação e permitir com que a vítima cadastre contatos para que possa acioná-los em caso de socorro.

Merece destaque também o aplicativo que está sendo implantado no Rio de Janeiro “Maria da Penha virtual”, o qual permite o envio direto de pedido de medidas protetivas de urgência pela vítima, sem intermediários, aos órgãos competentes.

Há também a Casa da Mulher Brasileira que permite acolhimento às vítimas, bem como um atendimento humanizado e especializado. Ademais, o Programa Bem Querer Mulher que investe em capacitação de profissionais, centros de atendimento e palestra para conscientização ao combate à violência contra a mulher.

Vale lembrar de a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça e a Associação dos Magistrados Brasileiros que iniciaram a Campanha Sinal Vermelho para ajudar as vítimas de violência doméstica na pandemia, consistente em fazer um “X” vermelho na palma da mão e apresentar de forma silenciosa nas farmácias e drogarias, diante disso, os atendentes acionariam de maneira imediata o 190 para relatar o caso.

Como pode ser observado, ocorreram várias melhorias na Lei Maria da Penha, bem como na assistência às vítimas que, conseqüentemente, fez com que aumentasse a eficácia da Lei e das medidas protetivas de urgência.

Há ainda um caminho longo a ser percorrido para se tornar ideal e pontos que devem ser implementados, como já fora analisado, que são de suma importância. Ademais, a disseminação de informação e a mudança de mentalidade da sociedade no que diz respeito ao machismo/patriarcalismo se mostra essencial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. 47. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Portal da legislação.** Brasília, out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em 7 nov. 2020.

_____. Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. **Portal da legislação,** Brasília. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm >. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Portal da legislação,** Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm >. Acesso em: 28 nov. 2020.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Portal da legislação,** Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm >. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019. **Portal da legislação,** Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm#art2 >. Acesso em: 28 nov. 2020.

_____. Lei nº 13.836, de 4 de junho de 2019. **Portal da legislação,** Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13836.htm >. Acesso em: 20 set. 2020.

_____. Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019. **Portal da legislação,** Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13871.htm >. Acesso em: 29 nov. 2020.

_____. Lei nº 13.882, de 8 de outubro de 2019. **Portal da legislação,** Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13882.htm >. Acesso em: 30 set. 2020.

_____. Lei nº 14.022, de 7 de julho de 2020. **Portal da legislação**, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm>. Acesso em: 3 out. 2020.

_____. Comissão Permanente de Promotores da Violência Doméstica do Brasil.

Enunciados. Disponível em:

<file:///C:/Users/carol/Downloads/ENUNCIADOS%20COPEVID.pdf>. Acesso 28 nov. 2020.

_____. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher ("Convenção de Belém do Pará"), 1994. **Portal da legislação**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em 7 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1009886/MS, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, **Pesquisa de jurisprudência**, julgado em 21/02/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso 28 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1720536, SP, 6ª Turma, Relator Ministro Nefi Cordeiro. **Pesquisa de jurisprudência**, 4 setembro 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ADRESP%27.clas.+e+@num=%271720536%27\)+ou+\(%27AgRg%20nos%20EDcl%20no%20REsp%27+adj+%271720536%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ADRESP%27.clas.+e+@num=%271720536%27)+ou+(%27AgRg%20nos%20EDcl%20no%20REsp%27+adj+%271720536%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso 28 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 100654, MG, 3ª seção, Relatora Ministra Laurita Vaz. **Pesquisa de jurisprudência**, 25 março 2009. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27CC%27.clap.+e+@num=%27100654%27\)+ou+\(%27CC%27+adj+%27100654%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27CC%27.clap.+e+@num=%27100654%27)+ou+(%27CC%27+adj+%27100654%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 28 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 96532, 3ª Seção, Relatora Ministra Jane Silva. **Pesquisa de jurisprudência**, 5 dezembro 2008. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27CC%27.clap.+e+@num=%2796532%27\)+ou+\(%27CC%27+adj+%2796532%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27CC%27.clap.+e+@num=%2796532%27)+ou+(%27CC%27+adj+%2796532%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso 28 nov. 2020

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 340624, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, **Pesquisa de jurisprudência**, em 23/2/2016. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e)

[+@num=%27340624%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27340624%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](#). Acesso 28 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.419.421/GO, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, **Pesquisa de jurisprudência**, 11 fevereiro 2014. Disponível em:

[https://scon.stj.ius.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271419421%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271419421%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.ius.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271419421%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271419421%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso 28 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.324/AM. Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, **Pesquisa de jurisprudência**, julgado em 04/04/2017. Disponível em: <https://scon.stj.ius.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso 28 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 92825, MT, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. **Pesquisa de jurisprudência**, 21 agosto 2018. Disponível em:

[https://scon.stj.ius.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%2792825%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%2792825%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.ius.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%2792825%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%2792825%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso: 28 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 41970, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, **Pesquisa de jurisprudência**, 7 agosto 2014. Disponível em: <https://scon.stj.ius.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso 28 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 542. **Pesquisa de jurisprudência**, Súmulas. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=542>>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 600. **Pesquisa de jurisprudência**, Súmulas. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=41>>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência** nº 654/STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo654.htm>>. Acesso em 11 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19. Relator Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de jurisprudência**, 9 fevereiro 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.ius.br/pages/search/sjur262141/false>. Acesso 28 nov. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. Salvador: Editora JusPodivm. 2018.

GARCIA, Thiago. **Tudo o que você precisa saber sobre: Delegado de Polícia, Lei Maria da Penha e Princípio da Insignificância**/Thiago Garcia. – São Paulo: Rideel, 2019.

GERHARD, Nádia. **Patrulha Maria da Penha: O impacto da ação da Polícia Militar no enfrentamento da violência doméstica**. Porto Alegre: AGE e ediPUCRS, 2014.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **“Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos”**. Faculdade de Direito e Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124,: Políticas Inclusivas e Compensatórias. Fundação Carlos Chagas, em co-edição com a Editora Autores Associados, jan./abr. 2005.

São Paulo. Lei nº 16.165, de 13 de abril de 2015. **Diário Oficial**. Disponível em: <
https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=/2015/diario%2520oficial%2520cidade%2520de%2520sao%2520paulo/abril/14/pag_0001_5TOMFLR4MU03Me6H5Q1HPC0ILRH.pdf&pagina=1&data=14/04/2015&caderno=Di%C3%A1rio%20Oficial%20Cidade%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&paginaordenacao=100001>
Acesso 12 set. 2020.

_____. Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo. **Resolução nº 2/2017**, de 12 de janeiro de 2017. Institui o “Protocolo Único de Atendimento”, a ser observado nas ocorrências de violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo. Disponível em:
https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=/2017/executivo%2520secao%2520i/janeiro/13/pag_0013_D88S1CJ8DS8H9eAV9KTJAE67R8Q.pdf&pagina=13&data=13/01/2017&caderno=Executivo+I&paginaordenacao=100013.
Acesso em 7 nov. 2020.

_____. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 20973616120158260000 SP 2097361 – 61.2015.8.26.0000, Relator: Ely Amioka, **Pesquisa de jurisprudência**, julgado 08/10/2015. Disponível em:
https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=8898974&cdForo=0&uidCaptcha=saicaptcha_5f3467c92ba54ca9972534af8ce2a2ef&g-recaptcha-response=03AGdBq24rpnagM7NW0vxnAXr_9wufTEXpq_JN5PbCsf9H482ujnACFqQ5g01SP3e83ymfu5Q7iBelgnW5Bd2wQJTbh8P5iigHYbjPsiroJWNYdlb-clK3u6nkRX1P9GJIES2Pahyra_MZYKHZ6Yk3IUNSSawG43Tc_SmdprY3wvBOHh8Eg26UpyligoRoPli6vEQ3XrGEPd9j_IsIXb2WFHma7W_SgsFvikKpsQhXRplLBG7gZB1pVQ2rY6jBWbno0l7clGowsipFdAkrBwyOVPgf9hCJ1uJCu9_O1t2DeZ1TKCbHZTBUyJoMnLTyMtVrbQh75bfDMEaTFkCvx9gLp3Aiz

[wuHAfF113HVBN3VveS302Izb8xOWCjbRVnV7kw9trWoEv06wIBUMZBr7YtnMI5-uvuMCppiXJETHmxoUJzqm7BxnYMRtVJk1i4HXMQd4mwTKF2g4DxmLgWm0OXOkS12P3TyTR0bj1FyD0wA8ldjs8e_LZ5dpLCy3RyLQpbX1uV76PAQkHQHmVOfHfa4AvHxZJOA](https://www.conteudojuridico.com.br/wuHAfF113HVBN3VveS302Izb8xOWCjbRVnV7kw9trWoEv06wIBUMZBr7YtnMI5-uvuMCppiXJETHmxoUJzqm7BxnYMRtVJk1i4HXMQd4mwTKF2g4DxmLgWm0OXOkS12P3TyTR0bj1FyD0wA8ldjs8e_LZ5dpLCy3RyLQpbX1uV76PAQkHQHmVOfHfa4AvHxZJOA). Acesso 28 nov. 2020.

A NOVA CORRIDA PELO OURO: OS RISCOS DA MINERAÇÃO EM ALTO MAR

MATHEUS DE LUCCA SILVA:
graduando em Direito pela
UNINOV

O nosso planeta é coberto aproximadamente de 70% de água, composto principalmente de oceanos que guardam riquezas infinitas e desconhecidas. A região do fundo do mar guarda profundos e inesperados biomas e espécies marinhas. Em virtude do interesse global em torno da região, esta passou a ser considerada como patrimônio da humanidade, sendo criada uma Convenção pela Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o Direito do Mar, trazendo então regras específicas para que houvesse sua exploração controlada e pontuada.

Há diversas riquezas nos oceanos além dos biomas, como os recursos naturais. O mais conhecido de todos é o petróleo, combustível fóssil que é extremamente utilizado em todo o globo, mas também pode-se encontrar: ferro, cálcio, cobre, nódulos poli metálicos (utilizado em produção de painéis solares, materiais bélicos e baterias) e diversos outros minerais no assoalho oceânico.

Por questões econômicas e da exploração desenfreada dos recursos naturais ao longo dos séculos, a crescente expansão demográfica e a necessidade de busca de novas tecnologias, há um grande movimento de corporações e de países que estão pressionando a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (ISA) que lida diretamente com as regulamentações sobre questões internacionais do direito do mar. A tentativa é acelerar a regulamentação para que haja a retirada e a utilização dos materiais dos mares e oceanos.

Empecilhos

A exploração do fundo do mar para fins de mineração é apresentada muitas vezes como uma consequência do uso desenfreado dos recursos em terra e a necessidade de buscar novas alternativas e encontrar matéria prima para a fornecimento de matérias com vieses econômicos.

Acontece que, para que isso ocorra deverá haver inúmeros estudos para entender os devidos impactos ambientais que trarão o resultado da implicação desta exploração. O fundo do mar é um local de uma variedade de espécies que fogem ainda da compreensão humana, podendo até mesmo destruir antes de conhecermos espécies marinhas que reúnem inúmeras formas de vida ao longo de milhões de anos.

No mais não se sabe a seqüela que virá com a agitação e utilização de máquinas que provocarão distúrbios no mar a quilômetros de distância, além da necessidade de uma avaliação de impacto ambiental para tentar minimizar os danos, sendo necessário estudos técnicos principalmente para que isso não agrave ainda mais as mudanças climáticas.

Mudanças climáticas

As mudanças climáticas são as alterações do clima na Terra que podem gerar como consequência, inundações, ondas de calor, furacões e tsunamis. Uma das formas possíveis de regularmos o clima e diminuir os efeitos causados é a manutenção de florestas para melhorar nosso ar, porém mais da metade do oxigênio (54%) vem das algas marinhas.

A exploração dos minérios do mar sem uma devida regulamentação ou controle, não só poderia destruir nossos biomas aquáticos, mas também influenciar nas mudanças climáticas e prejudicar nosso oxigênio também.

O destino: e agora?

O fundo do mar é um ambiente muito diversificado, praticamente inexplorado e muito rico em toda sua diversidade, cabendo as autoridades internacionais investir na garantia de preservação e pesquisa deste ecossistema, devendo-o proteger das garras da mineração e da exploração desenfreada.

A questão não é somente a preocupação com a vida marinha e terrena, mas também as mudanças que isso irão causar utilizando do consumo excessivo e ineficiente dos recursos, impactando mudanças no clima e prejudicando biomas. Os interesses comerciais infelizmente acabam sendo muito mais relevantes do que a preservação do meio ambiente, mas não poderá haver consumo sem vida.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

PAULO BEZERRA DA SILVA FILHO:
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário do Norte - UNINORTE

LARISSA CAMPOS RUBIM⁹³

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo visar retratar a problemática da responsabilidade civil por erro médico, a qual encontra inúmeras dificuldades para configuração e comprovação. É certo que a saúde é um ponto preocupante de modo geral, no entanto, ao se observar especificamente a atuação do médico isoladamente ou junto aos hospitais, nota-se um aumento do número de denúncias e processos perante o Poder Judiciário, sob alegação de erro dos profissionais, falta de insumos e infraestruturas. A temática é relevante, considerando que quando se aborda a natureza jurídica da atividade médica, trabalha-se comumente com a obrigação de meio e na qualidade de profissional autônomo, a responsabilidade civil do médico pelos danos causados na sua profissão seria comprovada apenas quando demonstrada a sua culpa. Dessa forma, como objetivo geral, pretende-se analisar como tem sido o tratamento do ordenamento jurídico pátrio quanto à responsabilidade civil decorrente de procedimentos médicos. E, para concretizar os objetivos específicos da pesquisa, o trabalho encontra-se dividido em três capítulos, os quais explicarão o que é o erro médico, como é trabalhada a responsabilidade civil, e, por fim, o objeto central, que seria a responsabilidade civil por erro médico. Por fim, para materializar a pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, com ênfase no tipo metodológico de pesquisa bibliográfica em revistas, livros, artigos científicos, dentre outros.

Palavra-chave: Erro Médico. Responsabilidade Civil. Ética Médica.

ABSTRACT: This article aims to portray the issue of civil liability for medical error, which encounters numerous difficulties for configuration and proof. It is true that health is a point of concern in general, however, when looking specifically at the role of the doctor alone or with hospitals, there is an increase in the number of complaints and lawsuits before the Judiciary, alleging error professionals, lack of inputs and infrastructure. The issue is relevant, considering that when addressing the legal nature of the medical activity, one commonly works with the obligation of means and as a self-employed professional, the civil liability

⁹³ Advogada, Professora no Centro Universitário do Norte- UNINORTE, Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA. Pós-graduada em direito do trabalho e processo do trabalho – UNINORTE. Pós-graduada em didática do ensino superior – Nilton Lins. Manaus, Amazonas, (Brasil). E-mail: larissacrubim.adv@outlook.com

of the physician for damages caused in his profession would be proven only when your fault. Thus, as a general objective, it is intended to analyze how the Brazilian legal system has been treated in terms of civil liability arising from medical procedures. And, to achieve the specific objectives of the research, the work is divided into three chapters, which will explain what medical error is, how civil liability is worked, and, finally, the central object, which would be liability civil for medical malpractice. Finally, to materialize the research, the deductive method was used, with emphasis on the methodological type of bibliographic research in magazines, books, scientific articles, among others.

Keywords: Medical error, Civil liability, medical ethics.

ABSTRACTO: Este artículo tiene como objetivo retratar la cuestión de la responsabilidad civil por error médico, que encuentra numerosas dificultades de configuración y prueba. Es cierto que la salud es un punto de preocupación en general, sin embargo, al mirar específicamente el rol del médico solo o con los hospitales, se observa un aumento en el número de denuncias y juicios ante el Poder Judicial, alegando error de los profesionales, falta de insumos e infraestructura. A temática é relevante, considerando que quando se aborda a natureza jurídica da atividade médica, trabalha-se comumente com a obrigação de meio e na qualidade de profissional autônomo, a responsabilidade civil do médico pelos danos causados na sua profissão seria comprovada apenas quando demonstrada a tu culpa. Así, como objetivo general, se pretende analizar cómo se ha tratado el ordenamiento jurídico brasileño en materia de responsabilidad civil derivada de procedimientos médicos. Y, para lograr los objetivos concretos de la investigación, el trabajo se divide en tres capítulos, en los que se explicará qué es el error médico, cómo se trabaja la responsabilidad civil y, finalmente, el objeto central, que sería la responsabilidad civil por negligencia médica. Finalmente, para materializar la investigación se utilizó el método deductivo, con énfasis en el tipo metodológico de investigación bibliográfica en revistas, libros, artículos científicos, entre otros.

PALABRA CLAVE: Error médico, Responsabilidad civil, Ética médica.

INTRODUÇÃO

Atualmente, a saúde do país é um fator preocupante ao Poder Público e à sociedade num geral. No entanto, há de se analisar os aspectos que envolvem um ponto específico da saúde que é a atuação médica e a possibilidade de aplicação da responsabilidade jurídica aos profissionais, considerando o aumento do número de ações ajuizadas perante o Poder Judiciário que visam discutir o erro médico.

A temática é relevante, visto que não se busca, portanto, questionar a importância do profissional na sociedade, mas, estudar, no âmbito acadêmico, soluções jurídicas para intervir e diminuir a quantidade de casos relacionado a erro médico, orientando sobre os

meios legais e medidas judiciais, além dos critérios para aplicação da responsabilidade nos referidos casos.

Destaca-se que profissional médico não pode se eximir de ser penalizado quando houver erro comprovado, no entanto, questiona-se: qual a responsabilidade deve ser imposta ao médico e aos estabelecimentos de saúde em caso de erro médico? Quais critérios devem ser analisados pelos julgadores em casos que envolvem o erro médico?

O erro na execução da atividade médica em hospitais ou isoladamente, além de causar transtornos aos pacientes e seus familiares, também se configura ato ilícito indenizável, pois afeta todo um ciclo de pessoas onde são obrigadas a submeter suas pretensões perante o Poder Judiciário em busca da tutela de seus direitos. Por isso, a importante distinguir a quem cabe a responsabilidade se ao médico ou hospitais e qual penalidade cada um responde.

Dessa forma, o objetivo geral do trabalho é analisar no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil por erro médico. Os objetivos específicos delineados nos capítulos são: identificar as principais particularidades sobre erros médicos, apresentar as características conceituais da responsabilidade civil e demonstrar os relevantes norteadores do ordenamento jurídico brasileiro no que concerne a responsabilidade civil por erro médico.

A importância dessa pesquisa é poder contribuir com a sociedade e com o Estado, buscando valorizar e orientar quanto os meios legais para punição quando houver erro médico, e analisar quais medidas podem ser utilizadas para evitar e diminuir casos relacionados à problemática e, conseqüentemente, estudar suas soluções.

A metodologia utilizada consiste basicamente na pesquisa bibliográfica, a qual foi elaborada com a finalidade de estudar e investigar previamente elementos que forneceram uma visão mais ampla sobre as questões que envolvem a responsabilidade nos casos de erro médico. Para tanto, o estudo foi fundamentado no método dedutivo com amplo leque de fontes que se encontra disponível em periódicos, em artigos da internet, na legislação e jurisprudência pátria, entre outros que geraram informações e reflexões relevantes a respeito do assunto.

2 O ERRO MÉDICO

Em primeiro lugar, a literatura destinada em estudo sobre os erros na área de saúde tem elevado nos últimos anos, todavia, a diversidade de conceitos ainda é grande, o que muitas vezes faz com que as informações coletadas não possam ser homogeneizadas e, portanto, não possam ser comparadas. E fato que ainda existe uma certa imprecisão ao

fazer a definição sobre o que é erro médica, porém é fundamental dissertar sobre o que atual literatura disponibiliza sobre o presente aspecto do erro médico.

Dessa forma, os erros médicos são atos ilícitos praticados por médicos em suas atividades profissionais, ou seja, erros médicos são causados por atos criminosos ou negligência dos profissionais. Um erro médico é o fracasso de um médico em exercer sua profissão. É um resultado desfavorável ou desfavorável causado por ações ou omissões do médico, devido à observância do comportamento técnico, os profissionais encontram-se na situação de dar jogo pleno às suas habilidades mentais (GOMES et al., 2017).

De acordo com Ribeiro e Júlio (2011) excluem-se as limitações impostas pela natureza da doença, assim como as lesões causadas deliberadamente pelos médicos para tratar um sofrimento maior. De acordo com as observações, em todos os casos de erro médico julgados pelo Conselhos de Medicina ou pela justiça, o médico pode ser considerado culpado, ou por negligência. As características dos erros médicos são justiça, dano ao paciente, nexos comprovado de causa e efeito, procedimentos errados nos seguintes três tipos de erros: imperícia médica, imprudência e negligência.

De acordo com Moraes (2003) dizer que o erro médico é um comportamento profissional inadequado implica que a inobservância técnica, pode causar danos à vida ou à saúde de terceiros e é caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência. A intenção é que os médicos não tenham o direito de errar, pois a medicina está diretamente relacionada à vida. Mas a vida não é apenas o oposto da morte. Sua integridade também depende da economia, habitação, alimentação, legislação, educação, lazer, notícias, polícia, política, transporte, ecologia. Erros cometidos por profissionais de qualquer uma dessas áreas.

Dessa maneira eles tentaram se opor à vida humana. Embora sejam frequentes e sérios, não merecem o mesmo ultraje das inexistências dos médicos que a mídia faz, nem merecem a mesma atenção. A primeira coisa a se notar é que a obrigação do médico é um meio, ou seja, a quebra de contrato só pode ser caracterizada pela evidência fornecida pelo paciente de que o profissional não se conforma com a ética médica (GOMES *et al.*, 2017).

Responsabilidade pelos meios caracterizados pelas funções de médico, agir com cautela e obter tratamento satisfatório tanto quanto possível com a aplicação adequada de meios técnicos. Por outro lado, a responsabilidade final advém sobretudo da obrigação de resultados. Quando se pode dizer que são culpados, o médico é obrigado a intervir com sucesso sob a pena que caracteriza o descumprimento do contrato, pois os profissionais estão empenhados em alcançar o desejado resultado (MEDONÇA; CUSTÓDIO, 2016).

Nesse sentido, Cavalieri Filho (2008) ilustra esse ponto. As obrigações não podem derivar apenas de irregularidades, mas também de vontade. Por outro lado, a

responsabilidade pode resultar de uma violação de obrigações legais ou mesmo uma violação de obrigações assumidas no contrato. Viola a obrigação especial determinada pela vontade das partes contratantes e, portanto, decorre da relação de obrigação pré-existente.

A relação médico-paciente é um verdadeiro contrato de prestação de serviços, embora nem sempre seja um contrato de resultado, pois na maioria das profissões médicas o profissional apenas necessita de exercer as suas funções no quadro dos regulamentos da ciência médica. Portanto, a natureza legal da responsabilidade civil do médico é de natureza contratual, mas em certas circunstâncias específicas, podem surgir situações extracontratuais.

De um modo geral, a obrigação do profissional médico, tendo em conta o contrato de prestação de serviços e as suas responsabilidades, é um meio de obrigação e requer a utilização de procedimentos acordados. Porém, quando se trata de cirurgia plástica com finalidade única estética, há uma diferença relevante na responsabilidade médica, pois é importante destacar que, nesses casos, a ocorrência da intervenção cirúrgica não tem características de urgência. Portanto, o médico pode escolher se vai realizar a operação e, uma vez que decida, tem a obrigação de vencer, ou seja, de intervir com o resultado esperado.

Dessa forma, o erro médico estará qualificado pela existência do ato ilícito, nexo de causalidade e dano, constituindo assim o responsável causador a responsabilidade civil, concretizando na obrigação de indenizar o dano, seja moral, material ou físico.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

O termo responsabilidade refere-se a qualquer situação em que uma pessoa natural ou jurídica deva suportar as consequências de um ato ou fato danoso. Diante disso, a responsabilidade inclui um conjunto de princípios e regras que regem as obrigações de compensação. Todas as ações humanas são acompanhadas pela questão da responsabilidade pelas ações realizadas. Quando tal ato causar dano a alguém, seja material ou mental, o autor ou acompanhante do ato negligente será civilmente responsável pelo fato (GONÇALVES, 2020).

No entendimento de Diniz (2020), responsabilidade civil pode ser entendida como a tomada de medidas para obrigar alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros pelo arguido ou a um dos seus responsáveis, ou, de facto, pelo tutor, em coisas ou animais, mesmo a simples execução legal, portanto, inclui a obrigação de reparar os danos causados. Está em consonância com o objetivo principal de manter o equilíbrio e a convivência social na sociedade. A autora relata o fato de que há uma conexão entre a responsabilidade civil e o desejo da sociedade por justiça.

Mas qual é a diferença entre responsabilidade e obrigação. Para Gonçalves (2020), a obrigação é a dever originário e a responsabilidade é a obrigação legal decorrente do descumprimento da obrigação. Cada ação do ser humano produzirá uma espécie de responsabilidade, sendo assim esse comportamento pode ser ato ou omissão. Nessa rota, todas as ações humanas que causem dano a alguém resultarão em responsabilidade na esfera civil. Este dano causado por esta conduta humana, pode ser um dano econômico, ou um dano à honra, por exemplo.

Dessa maneira, a característica da responsabilidade civil é que o executor do ato ilícito indenize o dano causado. Porém, mesmo que não haja um padrão para regular o caso em questão, as pessoas são sempre responsáveis por seus atos, pelo menos moralmente, no sentido de serem responsáveis por sua própria consciência (AMARANTE, 2001).

Há de considerar que certos comportamentos têm contornos e são qualificados a partir das repercussões que causam, levando a diferentes níveis de resposta, desde a aceitação pura e simples até a rejeição mais profunda, mas somente quando tiverem potencial nocivo terão impacto na lei. Crimes repressivos e os chamados mecanismos de restauração complexos de ressocialização representados pela legislação penal (FARIAS, 2015).

Segundo Farias (2017) a origem histórica da responsabilidade civil advém da primeira legislação escrita, o Código de Hamurabi. O texto contém a Lei do Talião, que promove o princípio do olho por olho e dente por dente.

Esta é também a narrativa de Moisés em Levítico (24:20) "Quebradura por quebradura, olho por olho, dente por dente: como ele tiver desfigurado a algum homem, assim fazer-se-lhe-á".

Para Amarante (2001) ao fim do século III a.C., a Lei de Aquília aprovou a emenda à Lei Talião e seus princípios, que estipulava que a vítima escolheria se causaria ao agressor o mesmo dano que sofreu, ou se quer uma indenização monetária. Em vista disso, verifica-se que a indenização é punitiva, destinada a punir o causador do dano, e educacional, destinada a inibir outras pessoas de repetir o mesmo comportamento. Dessa maneira, neste sentido, a medida de compensação é o grau do dano. A culpa, mesmo que leve, nos obriga a pagar uma indenização.

No Brasil, a responsabilidade civil consta do artigo 159 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2002), E logo depois passou a ocupar o artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Em 2002, foi atualizado o Código Civil de 1916. O artigo 186 estipula que os atos ilícitos não são apenas choques econômicos, mas também emocionais (BRASIL, 2002). Só mudou o lugar onde o homem sentia a dor do castigo: não

está mais na cintura, é no bolso. Os elementos que constituem a responsabilidade civil são: conduta, causalidade e danos.

A responsabilidade civil é fundida com Código Civil de 1916 com o art. 159. Quem infringir a lei ou causar dano a outrem por ação voluntária ou negligência, imprudência é obrigado a reparar o dano. Este artigo prevê a indenização por danos causados por um agente a terceiros.

De acordo com a Constituição de 1988, previsto com base nos art. 5, incisos V e X. Sobre a possibilidade de ressarcimento por danos materiais e morais, colaciona-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

O comportamento pode ser negligente ou comprometido, ou seja, um indivíduo pode deixar de fazer algo quando é obrigado a fazer algo, levando à negligência, ou pode fazer algo que causa danos e leva a uma atitude de compromisso. Uma conexão causal é uma combinação de fatores que levam a um evento. Neste caso, é um fator que causa dano. É um elo que conecta comportamento e resultado (BITTAR, 2017).

Na concepção de Alvarenga (2015) o dano é o prejuízo causado a alguém, que podem ser materiais ou moral. Não há prova de dano e nem obrigação de indenizar. Conforme estipulado no artigo 944 do Código Civil, a indenização é medida pelo grau do dano.

A responsabilidade civil pode ser dividida em Subjetiva e Objetiva. Na responsabilidade civil subjetiva, é necessário provar que a culpa foi do indivíduo que causou o dano para obter a indenização. Esse é o modelo geralmente adotado por nosso ordenamento jurídico, e os fatos comprovam que essa é a regra. Na responsabilidade civil objetiva, não é necessária a comprovação de que o dano foi causado pela culpa do

indivíduo, desde que o dano exista e tenha relação causal com a conduta do agente (FARIAS, 2015).

3.1 Responsabilidade Subjetiva

Para entender melhor a responsabilidade subjetiva, usaremos o art. 186 do Código Civil (2002). Onde diz que quem infringir a lei e causar dano a outrem por ato ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ainda que totalmente moral, cometeu ato ilícito. Em suma, pode-se entender que a responsabilidade subjetiva deve ser culpada antes da obrigação de indenização. Falha pode ser entendida como negligência, imprudência ou improbidade.

De acordo com Gonçalves (2020) a relação entre o dano e a responsabilidade está na base da existência de obrigações de reparar, sendo que, do ponto de vista subjetivo, a existência de negligência é essencial. A ideia de culpa está relacionada à responsabilidade, portanto ninguém pode culpar ou discordar sem violar o dever da prudência em suas ações.

Nesse caso, a responsabilidade civil do médico é caracterizada como subjetiva, pois não existe uma lei que mencione a mesma como objetiva, como o artigo 951 do Código Civil-Disposições Artísticas. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho (BRASIL, 2002). Que faz referências aos profissionais de saúde.

A responsabilidade civil subjetiva pode ser compreendida de acordo com a seguinte expressão: Responsabilidade subjetiva = dano + nexos causal + culpa. Assim, devem ser observados a conduta culposa do agente seja por ação ou omissão, negligência ou imperícia, nexos causal e dano ao violar o direito ou causar dano a outrem.

3.2 Responsabilidade Objetiva

Para uma melhor compreensão da responsabilidade objetiva pode-se analisar pelo o art. 927 do Código:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor

do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 1916).

GONÇALVES (2020) quando existe uma clara obrigação de reparar o dano, havendo culpa ou não, entende-se que não há culpa ou impossibilidade de indenizar o dano, ou seja, indenização, mas apenas nas circunstâncias específicas determinadas pelo legislador. A responsabilidade civil objetiva pode ser entendida de acordo com a seguinte expressão: Responsabilidade objetiva = dano + nexos causal. O dever de indenizar ser independente da existência de culpa ou não, pois a conduta não necessita de prova.

A responsabilidade está relacionada ao princípio da dignidade humana para com as vítimas e toda a sociedade, pois por muito tempo, o princípio da culpabilidade não basta no caso do preconceito, o primeiro é provar a própria culpa. A objetividade dessa responsabilidade é baseada na chamada teoria do risco no desempenho de determinadas atividades, pois pode trazer riscos para outras pessoas (VENOSA, 2010).

3.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Devido à imprecisão da doutrina a este respeito, descrever os pressupostos necessários para a imputação da responsabilidade civil é considerada uma tarefa difícil. No entanto, é mais preferível tratar a assunção de responsabilidade civil como responsabilidade civil. O art. 186 do Código Civil (Lei nº 10.406/02) estipula: Quem infringir a lei e causar danos a outrem por ato ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ainda que totalmente moral, é também ilegal (BRASIL, 2002). Este ato ilegal está localizado no art. O artigo 186 do Código Civil encontra-se ainda consignado no caput do art. O artigo 927 e o parágrafo único estabelece a obrigação de indenizar a pessoa que causou danos a outrem pelo ato (DINIZ, 2020).

3.3.1 Ação ou omissão

De acordo com Araújo (2018) a ação, é um elemento constituinte da responsabilidade passa a ser o ato humano de um agente ou de um terceiro, seja ele prometido ou inação, ilegal ou legal, voluntário e objetivamente atribuível, ou o fato de um objeto animal ou inanimado, que pode causar dano a outros e criam a obrigação de satisfazer os direitos da parte lesada.

O ato pode ser lícito ou ilícito. O ato ilícito é baseado em pensamentos de culpa, é gerado direta ou indiretamente da vontade e produz efeitos jurídicos, mas é contrário ao sistema legal; o jurídico é baseado no risco, de acordo com as leis e regulamentos, e está em conformidade com as normas legais (LISBOA, 2017).

Gonçalves (2017) os agentes podem ter dois tipos de comportamento, a saber: comissivo e omissivo. Comportamento de compromisso é a prática de comportamento que não deve ser realizado ou não realizado, que é completamente diferente do local de inação, ou seja, é o comportamento realizado por negligência, como a atitude negativa (não fazer) do agente, que fere da mesma forma outros, se também for provada a culpa, são responsáveis por reparar o dano.

Um exemplo clássico e rotineiro de atitude omissiva é ser esmagado em um acidente de trânsito. Nesse caso, o agente da vítima esmagadora não o ajudou e fugiu do local do acidente. A indenização vem do ato ou omissão da parte prejudicada, a parte agiu em um compromisso ou omissão e violou a lei, contrato ou obrigação social por imprudência, negligência ou prevaricação (GONÇALVES, 2020).

Gonçalves (2020) expõe em seu exemplo que quando um motorista bate em alguém, se ele não ajuda, se esta é a causa da morte, mesmo que a vítima seja totalmente responsável pelo incidente porque tem a obrigação legal de ajudá-lo. No entanto, a negligência, na responsabilidade civil, ocorre com mais frequência no campo do contrato. Para atribuir responsabilidade por omissões, deve haver uma obrigação legal de praticar determinadas ações no caso, omitindo.

3.3.2 Culpa ou dolo do agente

A segunda responsabilidade civil tem relação direta com a culpa ou dolo do agente, para que a indenização do dano seja efetuada, ou seja, deve haver relação causal, e deve haver acordo entre o crime ou a intenção que causou o dano. Indenização pelos danos causados pela vítima. Para caracterizar a intenção, o agressor deve estar ciente da ilegalidade de suas ações e buscar deliberadamente prejudicar terceiros. Ao contrário da culpa, não existe forma intencional, desejo, ambição de causar dano, mas por imprudência, negligência ou prevaricação (CAVALIERI FILHO, 2012).

Para Diniz (2020) o dolo deliberado é uma violação determinada da lei e visa atingir um propósito ilegal. A culpa inclui improbidade, negligência e imprudência. A imperícia é a falta de habilidade ou incapacidade de realizar um determinado comportamento; negligência é o não cumprimento das normas, que exigem que ajamos com atenção, habilidade, cuidado e perspicácia; imprudência é o ato de agir precipitadamente ou imprudentemente.

Em nosso Código Civil (Lei 10.406/02), as principais regras da responsabilidade civil exigem a presença de culpados, mas pressupõe-se que cabe ao legislador a responsabilidade da inocência, ou seja, a responsabilidade objetiva, que se constitui pela noção de risco ou presunção de culpa, portanto, independentemente se o agente é o

culpado, por exemplo, veículos motorizados estacionados em locais inadequados têm a responsabilidade objetiva de pagar multas.

3.3.3 Nexo de causalidade

A ocorrência da obrigação de indenização deve comprovar o nexos de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e as ações ou omissões do agente, devendo haver correlação, caso contrário, se não se puder provar que o dano causado à vítima é devido a comportamento do agente, ele não pode ser punido. Também deve ser salientado que, para fazer cumprir a pena e, portanto, indenizar a vítima, o agente não pode ser amparado por uma das seguintes exclusões, que são culpa única da vítima, circunstâncias imprevistas e cláusulas de força maior e não compensação.

Para Gonçalves (2020) foi o motorista que dirigiu corretamente e a vítima quis cometer suicídio e se jogou sobre o volante. Não se pode dizer que ele "causou" o acidente, porque na verdade se trata apenas de um instrumento de vontade da vítima. Sim, é totalmente responsável pelo incidente.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO

Uma vez que os médicos estão comprometidos em fornecer serviços atenciosos e alinhados com a ciência e tecnologia existentes, ao invés de buscar um determinado resultado, a natureza da lei é contratual e uma típica obrigação de meios. Na qualidade de trabalhador independente, a responsabilidade civil do médico pelos danos causados na sua profissão será comprovada através de três formas de verificação da culpa – imprudência, negligência e culpa – nos termos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu artigo 14, §4º, e do Código Civil.

Segundo Gafinkel (2007) há muitas perguntas sobre por que diferentes tratamentos jurídicos devem ser dados aos profissionais. Na atividade médica, fatores externos afetarão a materialização do contratado, pois o resultado final não depende apenas da capacidade ou estudo ou esforço do profissional do médico. Diante disso, um contrato médico é diferente, por exemplo, de um contrato de trabalho ou qualquer outro contrato. Por mais metódico que seja o médico, ele não pode assumir total responsabilidade pela cura do paciente, pois cada organismo pode responder ao mesmo tratamento de formas diferentes, e inúmeras outras variáveis podem interferir na melhora.

No entanto, embora o médico tenha a obrigação de ser um meio e não um resultado, o profissional tem a obrigação de provar que todos os métodos profissionais disponíveis foram corretamente aplicados e, mesmo que o tenha tentado, nada fará por razões impossíveis. Por estes motivos, explica-se uma exceção à legislação do consumidor, que estipula que cabe ao lesado o ônus da prova de que o profissional se desviou da conduta

usual esperada por ato ou omissão. Dessa forma o juiz analisa claramente a relação causal entre metodologia médica e fatos prejudiciais e carece de um exemplo típico de corroboração e, portanto, indenização ao causador do dano (FUJITA; SANTOS, 2009).

Segundo Gomes (2017) dano é uma perda sofrida, seja em uma relação jurídica uma parte deliberada ou negligentemente usou sua vantagem comercial para causar danos à outra parte - ou em um acidente pessoal - a vítima sofreu danos mentais ou materiais. Os fornecedores devem ter muito cuidado na relação consumidor-consumidor, para não causar danos materiais ou morais à parte insuficiente da relação de consumo.

A palavra imprudente significa falta de atenção e execução descuidada de ações perigosas. O médico que não toma os cuidados necessários e toma medidas descuidadas é imprudente. O profissional médico deve ser mais cauteloso do que qualquer outro profissional, pois envolve um bem jurídico extremamente importante: a saúde e a vida humana. A título de exemplo indiscreto, houve um médico que liberou um paciente ferido quando ele deveria ser observado no hospital por um período de tempo, o que culminou em sua morte posterior.

Para Rama (2020) a negligência é caracterizada pela falha do médico em cumprir os padrões aplicáveis de atendimento e tecnologia. Também pode incluir comportamento negativo, em que os profissionais permanecem em silêncio ou agem com intensidade menor do que o necessário. Por exemplo, médico negligente é aquele que realiza um exame clínico superficial e prescreve o medicamento errado com base no exame, mesmo um médico negligente não informa ao paciente sua verdadeira condição clínica.

A imperícia refere-se à incapacidade de desenvolver atividades profissionais em termos de tecnologia, teoria ou prática. Falta de conhecimento na execução de comportamentos relacionados ao profissional. O hipotireoidismo em pacientes devido ao uso impróprio de medicamentos para a tireoide é um exemplo de negligência médica. A minoria dessa doutrina acredita que em qualquer circunstância é difícil provar que um médico é bom em sua profissão porque obteve o doutorado e as habilitações legais para exercer a medicina. No entanto, a maioria das doutrinas e precedentes concordam que essa dificuldade não é extrema o suficiente para causar irregularidades (AMARAL, 2012).

O erro grosseiro são formas imprecisas, incapacitantes e inadvertidas que se permitem cometer erros desavisados por falta de qualificações profissionais mínimas, como ginecologistas que contaminam pacientes por falta de esterilidade adequada (CORDEIRO, 2011).

No entendimento de Moraes (1998, p. 167):

O erro mais estranho que encontrei em todas as bibliografias que li ao longo dos anos é o de um médico no final do século 19 que deixou cair os óculos

de proteção na cavidade peritoneal durante uma operação em um paciente. Sem isso, ele teria problemas de visão. Não encontrou. Seus óculos foram encontrados durante uma autópsia no dia seguinte.

Erros podem acontecer em qualquer profissão. No caso dos médicos, por se tratarem de vidas humanas, o erro será mais grave, em alguns casos podem ser perdoados porque o profissional não pode se responsabilizar quando ocorrem acidentes no seu dia a dia. Nesse sentido, um erro perdoável é um erro que depende da contingência natural e das limitações médicas, não um erro que os médicos não possam explicar (ESTEVEZ, 2017).

Nesse caso, há um erro, mas não é causado pelo médico, mas é inerente à profissão ou ao comportamento humano. Para ilustrar esse conceito, imagine um paciente que não colabora com o correto diagnóstico ou processo de tratamento. A menos que seja sério, um diagnóstico incorreto não pode indicar um defeito médico. Quando causado pelas imperfeições da própria ciência - embora possa levar a consequências ou perigos - o erro profissional não significa necessariamente que se o médico usar o conhecimento científico e as regras corretamente, ele é responsável por uma indenização (SENA, 2017).

Atualmente, o princípio da responsabilidade civil não se concentra nos direitos dos profissionais de saúde, embora haja muitos requisitos para eles. Farah (2019) afirma que os requisitos para o médico são muitos, mas, neste caso, os seus direitos raramente são mencionados. Até o direito mais básico de exercer livremente a profissão foi esquecido.

O primeiro e mais importante direito médico é a liberdade de praticar a medicina. De acordo com o Código de Ética Médica, a prática da medicina não está sujeita a discriminação de religião, raça, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, social status, etc., opiniões políticas ou qualquer outro motivo. No que diz respeito ao diagnóstico, hospitalização e tratamento dos pacientes, estes também devem gozar de total liberdade em todo e qualquer ambiente (privado, público, instituições filantrópicas), devendo sempre respeitar as normas processuais da instituição médica utilizada e o consentimento do paciente. (SENA, 2017).

Borges e Mottin (2017) no que diz respeito à anuência do paciente, os médicos nem sempre o alcançam por uma variedade de razões, incluindo o próprio comportamento ético e moral do paciente. Por exemplo, esse é o caso das Testemunhas de Jeová que não aceitam transfusões de sangue. Famílias e pacientes que acreditam nesta religião declaram que preferem morrer a receber uma transfusão de sangue.

Sobre esta temática, colaciona-se entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADPF sobre transfusões de sangue que nestes casos, o procedimento recomendado é comunicar os fatos ao representante em situação de risco de vida, e o representante agilizará a audiência para que o médico seja autorizado a realizar e realizar transfusões de sangue dentro das normas médicas.

Na concepção Araújo e Barbosa (2017, p. 124) iatrogenia:

É a definição de dano causado a um paciente (doente ou não) durante a ação ou omissão de um médico - caracterizado por dano inevitável. O conceito de iatrogenicidade não chegou a um consenso entre os estudiosos, levando a contradições entre as definições.

Ainda de acordo com autores há dois aspectos da iatrogenicidade que precisam ser observados: no sentido estrito e no sentido amplo. A rigor, para esses estudiosos, não só tem as intenções benéficas de Esculápio, mas também procedimentos corretos e precisos, que se conformam às normas e princípios prescritos pela ciência médica. Em linhas gerais, a iatrogenicidade é o resultado prejudicial do comportamento do médico sobre o paciente, seja uma falha de comportamento ou dentro das normas recomendadas.

Por outro lado, Moraes (1998) elaborou três tipos de iatrogenicidade: agrupar lesões causadas por falha do comportamento humano em uma categoria; incluindo lesões previsíveis, mas inesperadas; e uma que inclui lesões previsíveis e esperadas. Como exemplo de tipos iatrogênicos, nesta ordem, podemos citar a confusão entre as veias no caso de cirurgia de varizes, levando à gangrena; reações alérgicas ao uso de meios de radiológicos, e cirurgias de mutilação como a mastectomia.

Parece haver duas tendências na compreensão desta pesquisa: algumas teorias conceituam lesão iatrogênica como dano previsível - esperado ou não - e alguns estudiosos insistem que lesão iatrogênica é dano causado pela falha do comportamento humano. A princípio, a iatrogenicidade parecia ser causada por erro médico. Porém, dadas as características inerentes a cada paciente, se estudadas criteriosamente, mostrarão que são lesões possíveis, independentemente da atuação dos profissionais. Mesmo o procedimento mais simples pode causar danos, independentemente da negligência, imprudência ou excesso do médico (SENA, 2017).

Fato de terceiro exclui a responsabilidade civil, devendo o terceiro ser entendido como outra pessoa que não a vítima e a causa do dano. É constituída pelo fato de que nem o agente nem a vítima causaram a causa - o comportamento do terceiro deve ser o principal fator da lesão.

De acordo com o CDC, esta é uma isenção de responsabilidade, que, em seu artigo 14, §3, inciso II, prevê "o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro" (BRASIL, 1990).

É semelhante à contingência e força maior: a relação causal entre os resultados prejudiciais e o comportamento do agente é revogada porque a existência de imprevisibilidade e inevitabilidade exclui a obrigação de compensação.

Para Berto e Hoffmann (2017) a intercorrência médica é definida como uma complicação que não pode ser prevista ou lembrada ao paciente durante o processo médico. Todos os procedimentos - simples ou complexos - terão complicações inesperadas e não levarão necessariamente a erros médicos.

Por exemplo, alguns pacientes são mais suscetíveis à infecção do que outros ou podem ter diferenças anatômicas imprevisíveis em relação às condições normais. Isso é imprevisível porque a resposta orgânica do paciente ao tratamento varia de pessoa para pessoa. Isso não quer dizer que os médicos não realizaram os procedimentos corretamente ou não cumpriram todas as especificações técnicas e normas de segurança.

Mendonça e Custódio (2016) dizem quando ocorre a culpa exclusiva da vítima, visto que o dano é causado pelo mesmo conduta ação, ato ou omissão, rompe-se a relação causal. Nesse caso, o agente não precisa compensar.

Por exemplo, podemos dar um exemplo, o médico prescreveu remédio para seu paciente com tuberculose. No entanto, por escolha, ele decidiu não dar remédio a si mesmo, mas esperou pela própria morte. Como os médicos agiram com cautela, prescreveram os medicamentos necessários e explicaram a importância do acompanhamento do tratamento, os profissionais não tinham responsabilidade pelas vítimas (MORAES, 2003).

Vale ressaltar que no caso de culpa concorrente se o único ato que causou o dano não for inteiramente culpa da vítima - a indenização deve ser reduzida na proporção da culpa do agente, conforme dispõe o art. 945 do CC. Força maior decorre de eventos fora do controle de todas as partes - greves, guerras, etc. - força maior decorre de eventos naturais - relâmpagos, inundações e terremotos. A característica do incidente deve ser que qualquer esforço humano é inevitável e irresistível, o que acabará com a responsabilidade, pois é impossível atribuí-la a deliberação ou culpa (MENDONÇA; CUSTÓDIO, 2016).

Para Sena *et al.* (2017) a cláusula de não indenizar, diz a respeito do Princípio da Autonomia da Vontade é um dos princípios que regem os contratos no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo este princípio, as partes podem celebrar livremente contratos com termos e condições que lhes sejam convenientes, desde que não violem as disposições legais estipuladas no Princípio da Soberania da Ordem Pública.

Essa cláusula dispõe sobre a exoneração convencional do dever de reparar o dano, logo, tem por função alterar o sistema de riscos no contrato, que são transferidos para a vítima. A renúncia prévia existe e está convencionada ao direito de pedir reparação, limitando o montante de eventual indenização ou simplesmente excluindo o dever de indenizar. Impera ressaltar que, a princípio, nada impede tal cláusula. No entanto, seu uso de isentar a responsabilidade de um agente não é visto de maneira positiva no direito

moderno. Vale ressaltar que a cláusula de não indenizar não se confunde com a cláusula de limitação de responsabilidade.

O CDC, em seu artigo 51, IV, acreditar que as cláusulas de não compensação nas relações de consumo são inválidas porque não podem aceitar cláusulas que são benéficas para fornecedores de serviços ou produtos (BRASIL, 1990).

Venosa (2010) ele garante de qualquer forma que, mesmo que for concordar voluntariamente, esta cláusula não terá efeito caso de dolo do agente. Não é porque o contratante sabe que pode ficar isento de indenização e que causa o dano intencionalmente. Pois nesta cláusula de inconveniência o agente naturalmente relaxa no cumprimento de suas obrigações. Se sua falta é alta (falta grave), seu comportamento equivale à intenção. O caso específico é esclarecido pelo juiz.

Depois de ver as características da subjetividade, imprevisibilidade e complexidade como parte da profissão médica, embora os pacientes sejam vistos como consumidores e, portanto, os extremos frágeis da relação médico-paciente, não se deve esquecer que, em cada caso da profissão médica. As especificidades, também pode apresentar fragilidade em determinadas situações específicas.

Deve-se lembrar que, ao contrário da regra geral do CDC - responsabilidade objetiva dos fornecedores embora médicos e pacientes sejam considerados fornecedores e consumidores, a responsabilidade dos médicos como profissionais autônomos é percebida por meio da análise. Suas convicções no caso foram concretizadas.

Normalmente, cabe ao paciente provar a culpa do profissional para que tenha direito a uma indenização. Na maioria dos casos, é uma tarefa árdua, sendo impossível para um médico ter sucesso em todos os tratamentos que desenvolve, porque mesmo diante das mesmas condições patológicas, não há garantia de que organismos diferentes responderão da mesma forma.

Em um caso concreto na a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com base nesse entendimento, confirmou decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ) esta condenou um hospital e indenizou uma mãe que, ao dar à luz a sua filha, teve sequelas cerebrais permanentes devido à prestação inadequada de serviços e o de cunho permanente.

*DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E DO CONSUMIDOR.
RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS
MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. NEGATIVA
DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA.*

PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. FALHA E/OU MÁ-PRESTAÇÃO DE SERVIÇO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. 1. Ação ajuizada em 20/08/2007. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é i) determinar se o hospital, ora recorrente, deve ser responsabilizado por suposta falha na prestação de serviços, decorrente de complicações no parto, que ocasionaram sequelas de caráter permanente na filha da recorrida e, conseqüentemente, se deve ser condenado à compensação dos respectivos danos morais; e ii) na hipótese de se entender pela condenação do recorrente, definir o termo inicial dos juros de mora. 3. Inexistentes os vícios de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, e estando esse devidamente fundamentado, não se caracteriza a violação dos arts. 131, 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC/73. 4. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 5. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Assim, não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital. Precedentes. 6. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC, na hipótese do hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes. 7. Alterar o decidido pela Corte local, na hipótese dos autos, no que concerne à ocorrência de falha, defeito e má-prestação dos serviços atribuíveis e afetos única e exclusivamente ao hospital,

demandaria o reexame de fatos e provas dos autos, inviável a esta Corte, em virtude da aplicação da Súmula 7/STJ. 8. O termo inicial dos juros de mora, na responsabilidade contratual, é a data da citação, nos termos do art. 405 do CCB. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

Vale ressaltar que existe um fluxo de doutrina no sentido contrário, para essa corrente é necessário analisar a responsabilidade dos hospitais e de outros, verificando, conforme artigo 14, §4 do CDC.

Segundo Kfoury Neto (2002), concordou com esta posição e apontou que a responsabilidade objetiva é inconsistente com as atividades médicas devido à singularidade dos serviços prestados: curar pacientes e salvar vidas; se o médico for o culpado, nada pode impedir a vítima de encaminhar a vítima para ambos os naturais ou pessoas jurídicas ou apenas uma delas. Mesmo no âmbito da responsabilidade objetiva, o hospital não pode ser obrigado a indenizar, a menos que a culpa do médico e de seu agente seja suficientemente clara.

CONCLUSÃO

Por fim, depois de levar em conta esses fatores, passamos a analisar a imprevisibilidade, a subjetividade e a particularidade da situação atual que faz com que o profissional médico tenha de aceitar essa situação, apesar de lidar com o bem mais importante que temos, a vida, como qualquer outro ser humano. Ele cometerá erros e será impotente diante de inúmeras coisas imprevisíveis na vida diária. Nesse caso, mesmo diante de uma possível falha, é compreensível que a responsabilidade do profissional geralmente seja ilegítima.

Vale ressaltar também que é necessária uma análise caso a caso dos profissionais, pois responsabilizar os médicos pelos erros afetará sua vida pessoal e profissional agora e no futuro. Portanto, se a culpa e a negligência forem de fato comprovadas, o médico deve ser responsabilizado, mas é preciso acreditar que todos cometem erros, e fornecer seguro para todos os riscos de doença ou morte nas atividades médicas é ordenar ao médico que traga saúde para os outros. E também para prolongue a vida e supere o potencial do médico como homem.

A natureza jurídica da relação médico-paciente é fundamental para apurar a responsabilidade civil do médico. Em torno desse aspecto, existem várias teorias sobre a relação contratual ou extracontratual, ou se a responsabilidade do profissional é objetiva

ou subjetiva nesse caso, e ainda se a obrigação do médico é um meio ou um fim na profissão médica.

Para a confirmação do erro médico, o magistrado deve determinar as características da condenação com base nas provas apresentadas, tais como prova pericial e escrita, testemunho profissional, vítima, testemunho. Se for o caso, o juiz entender que as provas são convincentes, ele julgará a ação a ser instaurada e é obrigado a indenizar seus pacientes pelos danos sofridos. No entanto, na prática, esta análise é muito complicada para os profissionais do direito.

Porém, os profissionais de saúde, como qualquer outra pessoa, são de carne e osso, não deuses inacessíveis e que não podem ser punidos, portanto, como profissionais, falharão em qualquer outro campo. Independentemente de ocupação, poder, raça, religião, orientação sexual, etc., a justiça deve ser feita, mas não devemos corromper ocupações tão valiosas e extraordinárias como a saúde.

Por fim é fundamental que em todos os casos seja avaliado de acordo com a sua gravidade, todavia os pressupostos da responsabilidade civil é fator que deve ser levado em considerações visto que existe uma diversidade de condições que podem ocorrer sobre o erro médico e a sua caracterização.

REFERENCIAS

ALVARENGA, Luísa Baran. a responsabilidade civil pela perda de uma chance e sua aplicação no Direito brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, p. 61, 2015.

AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. **Responsabilidade dos hospitais e operadoras de saúde pelos danos causados aos pacientes**. 2012. Dissertação (Mestrado em Medicina Forense) - Universidade de São Paulo, 2012.

AMARANTE, Aparecida I. **Responsabilidade civil por dano à honra**. Editora del Rey, 2001.

ARAÚJO, Ana Thereza Thereza Meirelles; BARBOSA, Amanda Souza. Dano iatrogênico e erro médico: o delineamento dos parâmetros para aferição da responsabilidade. **Revista Thesis Juris**, v. 6, n. 1, p. 186-209, 2017.

ARAÚJO, Eugênio Rosa. A responsabilidade civil do estado por omissão e suas excludentes. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº, v. 69, p. 105, 2018.

BERTO, Lorena Teruel; HOFFMANN, Eduardo. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ERRO MÉDICO. **Revista Thêma et Scientia**, v. 7, n. 1, p. 44-57, 2017.

- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. Saraiva Educação SA, 2017.
- BORGES, Gustavo Silveira; MOTTIN, Roberta Weirich. Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ. **Revista do Direito Público**, v. 12, n. 1, p. 15-46, 2017.
- BRASIL. Código civil brasileiro e legislação correlata. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002. 616 p.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 nov. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1621375 RS 2016/0221376-0, 3ª Turma, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 19/09/2017. Data de Publicação: 26/09/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503714853/recurso-especial-resp-1621375-rs-2016-0221376-0?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil. 10.** ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil. 8.** ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- CORDEIRO, ELZA BERNARDES. **O Erro Médico e Suas Consequências Jurídicas**. biblioteca24horas, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Vol. 7.** 34. ed. Saraiva. 2020.
- ESTEVES, Bernardo Lento et al. **Responsabilidade civil médico-hospitalar: a solidariedade entre médico e hospital em caso de erro do médico-empregado**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Universidade Federal Fluminense, 2017.
- FARAH, Elias. **Temas de direito médico**. 1. ed. Letras Jurídicas, 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves. **Novo tratado de responsabilidade civil**. Saraiva Educação SA, 2015.
- FUJITA, Reginaldo Raimundo; SANTOS, Ilian Cardoso dos. Denúncias por erro médico em Goiás. **Revista da Associação Médica Brasileira**, v. 55, p. 283-289, 2009.

GARFINKEL, Ana. Responsabilidade civil por erro médico segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (síntese). **Revista Direito GV**, v. 3, n. 2, p. 37-58, 2007.

GOMES, Talita Rodrigues et al. O erro médico sob o olhar do Judiciário: uma investigação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 6, n. 1, p. 72-85, 2017.

GOMES, Talita Rodrigues et al. O erro médico sob o olhar do Judiciário: uma investigação no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v. 6, n. 1, p. 72-85, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 4-Responsabilidade Civil**. Saraiva Educação SA, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. Saraiva Educação SA, 2020.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. Saraiva Educação SA, 2017.

MENDONÇA, Vitor Silva; CUSTÓDIO, Eda Marconi. O erro médico e o respeito às vítimas. **Boletim de Psicologia**, v. 66, n. 145, p. 123-134, 2016.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a justiça**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MORAES, Irany Novah. **Erro Médico e a Lei**. 4 ed. São Paulo: Lejus, 1998.

RAMA, Tiago Manuel dos Santos. **Negligência Médica**. O erro médico sob uma perspectiva Jurídico-Penal. 2020. (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.

RIBEIRO, Weslley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. Reflexões sobre erro e educação médica em Minas Gerais. **Revista Brasileira de Educação Médica**, v. 35, p. 263-267, 2011.

SENA, Michel Canuto et al. **Responsabilidade civil por erro médico**. Multitemas, p. 35-52, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil V.4 - Responsabilidade Civil**. ed. 10. São Paulo: Atlas, 2010.

ADOLESCENTE INFRATOR E OS DIREITOS HUMANOS

JAMIRES TEIXEIRA TAVARES:

Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade de Gurupi-Tocantins (Unirg).

JOSÉ AUGUSTO BEZERRA LOPES⁹⁴

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho abordará sobre as medidas socioeducativas para com os menores infratores, onde, discute-se muito sobre o posicionamento e opiniões de leigos e doutores em Direito sobre a diminuição da maioridade penal em virtude de grande demanda de adolescente que comete ato infracional e, não nas medidas preventivas e socioeducativas para que esse menor não seja reincidente desses atos. Identificar. Na literatura, as opiniões dos diversos autores falam sobre Direitos Humanos e o Estatuto da Criança e do Adolescente e também sobre as medidas socioeducativas e ato infracional. Estas fontes foram abordadas através de análise de artigos publicados entre os anos 2015 a 2020 que trate a temática do adolescente infrator e seus direitos. Espera-se que os resultados possam trazer a comunidade no cunho social orientação e acompanhamento às crianças e aos adolescentes e seus familiares, com o envolvimento de programas comunitários de apoio à família ou colocação em família substituta e até o abrigo em entidades desde que os mesmos conheçam seus direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-chave: Adolescente. Direitos humanos. Infrator. Lei. Ressocialização.

ABSTRACT: This work will address the socio-educational measures for minor offenders. Nowadays, there is a lot of discussion about the position and opinions of lay people and doctors of Law on the reduction of the penal age due to the great demand of teenagers who commit infraction and not in preventive and socio-educational measures so that this minor is not repeat offender of these acts. Identify, in the literature about the guarantee of individual rights and procedures for minor offenders. Bibliographic search through analysis of published articles between 2015 and 2020 that addresses the issue of adolescent offenders and their rights. Hopefully the results can bring the community in the social guise and follow-up to the children and adolescents and their families, with the involvement of community programs for family support or placement in a foster family and even shelter

⁹⁴ Professor da Universidade de Gurupi/TO (UNIRG).

in entities provided that they know their fundamental rights established by the Federal Constitution and the Statute of Child and Adolescent.

Keywords: Adolescent. Human rights. Offender Law. Resocialization.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1 Direitos Humanos e o Estatuto da Criança e do Adolescente. 2.2 Medidas socioeducativas e ato infracional; 2.3 Fidelidade aos princípios institucionais e a mudança do quadro do menor infrator. 3. Considerações Finais. 4 Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Hoje em dia, discute-se muito sobre o posicionamento e opiniões de leigos e doutores em Direito sobre a diminuição da maioria penal em virtude de grande demanda de adolescente que comete ato infracional e, não nas medidas preventivas e socioeducativas para que esse menor não seja reincidente desses atos.

Uma doutrina de proteção integral estabelecida em 1989, pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas – ONU fez com que os menores fossem vistos como crianças e adolescentes sujeitos a direitos, ou seja, “crianças e adolescentes merecem, e receberam, esse ordenamento jurídico brasileiro por possuírem maior vulnerabilidade em relação aos adultos” (MACHADO, 2013, p.119). Vale ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, foi considerado fundamental no ordenamento jurídico, visto que implementou um novo conceito referente à proteção e garantia dos direitos da criança e dos adolescentes.

Antes das atuais mudanças, criado em outubro de 1927, o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente era denominado Código de Menores, onde referenciava a Política Nacional do Bem-Estar do Menor. Situações como abandono, miséria, maus tratos e delinquência eram abordadas no mesmo. Somente em Julho de 1990 foi atualizado passando a zelar integralmente da proteção da criança e do adolescente.

Desde então, os menores passam a ser garantidos por serem pessoas em desenvolvimento, tendo direitos garantidos, prevenindo de serem desrespeitados. Diversas medidas preventivas são complementares aos convívios afetivos, como os familiares, aos lares educativos, programas comunitários, abrigos em entidades, entre outras. No entanto essas medidas socioeducativas variam de acordo com a decisão do juiz da Vara da Infância e da Juventude quando verifica a prática errônea cometida pelo menor. Acerca do mencionado, o menor pode ter sua liberdade assistida, prestar serviços à comunidade, internação em estabelecimento educacional e até mesmo ter por obrigação reparar algum dano.

O motivo principal é reparar e proporcionar ao menor infrator educação necessária para repará-lo ao convívio social, sendo importante lembrar que tais medidas refere-se apenas aos adolescentes conforme o artigo 112 do ECA, não cabendo às crianças, de acordo com artigo 101 1 amparado no mesmo diploma legal.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Direitos Humanos e o Estatuto da Criança e do Adolescente

Quando se fala em Direitos humanos, lembra-se da garantia e do reconhecimento dos direitos embasados na Carta Magna do país. Segundo Tepedino (2015), as crianças e adolescentes possuem os direitos excepcionalmente do curso de processo educacional para que possa superar sua própria vulnerabilidade e crescer de maneira biopsiquicamente saudável, exercer sua autonomia de forma mais ampla possível. Nesse pensamento, a Constituição Federal de 1988, no artigo 227 3.

Segundo o artigo acima mencionado, a Carta Magna ressalta que é dever de todos, afiançar às crianças e aos adolescentes todos os direitos que os indivíduos recebem, assim como a proteção dos menores, considerando o que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente que abrange todos os direitos dos cidadãos aos menores, assegurados pelo Estado e tendo proteção e direitos. De acordo com Lino (2019), o Estatuto tem prioridade total no que diz respeito a proteção e acolhimento as crianças e adolescentes em todo tempo e circunstância.

Vale ressaltar que, a constituição assegura esses direitos desde sua concepção, pois a sua mãe no período em que estiver gestando, também usufrui os mesmos direitos. D'Antônio (2018) destaca que, através das políticas sociais públicas, os direitos às crianças e adolescentes já estão assegurados, devido à precedência de atendimentos nos serviços públicos ou de importância pública.

O Estatuto ressalta que nenhuma criança pode sofrer qualquer tipo de discriminação, violência, abandono, negligência entre outros. Ou seja, o indivíduo que praticar qualquer ato cruel aos vulneráveis será punido por omissão ou ação, aos direitos básicos pertencentes aos menores. O Estatuto ainda complementa que, o Conselho Tutelar, caso suspeite de maus tratos, ou seja, informado de tal fato, tomará as providências cabíveis contra o 3 Art. 227.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, visto que, todos tem o dever

de cuidar pela dignidade da criança e do adolescente, não permitindo que nenhum mal seja praticado contra eles.

Com o advento da Lei 8.069 de 1990, implementação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, muitas reflexões foram feitas sobre o tema. Isto porque o ECA estabeleceu direitos e deveres para os menores, tornando-os cidadãos.

Corroborando com a Constituição Federal, em seu artigo 5º, que estabelece os direitos e às garantias individuais de todas as pessoas que exercem a cidadania. Em nenhum momento, o Estatuto entrou em confrontação com a Constituição Federal, somente se sugeriu ressaltar e mencionar que as crianças e os adolescentes igualmente têm os mesmos direitos e deveres previstos na carta magna.

O legislador atentou, ao criar o Estatuto, no qual o menor, que era avaliado simples elemento de intervenção do Estado, sobreviesse a ser respeitado, um sujeito de direitos, em igualdade aos demais abrangidos na Constituição Federal, quais sejam, aqueles que exercem a cidadania.

Nesse assunto, quatro são os princípios norteadores do Estatuto da Criança e do adolescente, a saber: o princípio da prioridade absoluta, que trata basicamente na precedência em favor dos adolescentes e das crianças acerca dos direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana; o princípio de melhor interesse, que tem por objetivo observar a necessidade real da criança ou adolescente, para a solução de conflitos, seja para o aplicador ou para o legislador; o princípio da cooperação, quer dizer que todos devem zelar e proteger com a violação dos direitos inerentes às crianças e os adolescentes e o princípio da municipalização, diz respeito ao local onde serão atendidas as necessidades das crianças e dos adolescentes (LINO, 2019).

2.2 Medidas socioeducativas e ato infracional

A Lei 8.069, de 1990 em seu artigo 2º, avalia criança até doze anos de idade ainda não completos, e para adolescente, a pessoa que possui entre doze anos completos até dezoito anos de idade, bem como a legislação em anotação aplica-se dos dezoito até vinte e um anos de idade.

Existe uma ampla contestação das medidas atribuídas às crianças e aos adolescentes. Às elementares serão justapostas as chamadas medidas de proteção e aos secundários, serão aplicadas as medidas socioeducativas. No que tange ao ato infracional, a Revista Jurídica Consulex (2015) coloca que, O Ato infracional é o ato condenável, de desrespeito às leis, à ordem pública, aos direitos dos cidadãos ou ao patrimônio, feito por crianças ou adolescentes. Só há ato infracional se àquela conduta satisfizer a uma presunção legal que

cause sanções ao seu autor. No caso de ato infracional cometido por criança, aplicam-se as medidas de proteção.

Nesse caso, o órgão responsável pelo atendimento é o Conselho Tutelar. Já o ato infracional cometido por adolescente deve ser verificado pela Delegacia da Criança e do Adolescente a quem compete conduzir o caso ao Promotor de Justiça que poderá aplicar uma das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90 (CONSULEX, 2015, p. 40). Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, "considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal" (art. 103, ECA, 1990).

As penas dos crimes ou contravenções previstas no Código Penal são atribuídas aos maiores de idade. O Estatuto que trata especificamente dos direitos, garantias e meios de proteção à criança e ao adolescente, é o mesmo que recomenda o caminho mais adequado a estes que empreendem atos infracionais, pois em razão da menoridade não podem ser aplicado o Código Penal. As medidas socioeducativas são medidas aplicadas pelo juiz da Vara da Infância e Juventude aos adolescentes que empreendem determinado ato infracional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê seis tipos de medidas: 1) Advertência: talvez seja uma das medidas mais aplicada. Consiste na censura verbal, que será diminuída a termo e assinada, ou seja, é uma audiência que versa em um alerta feito pelo magistrado ao menor e seus responsáveis, para que eles percebam os riscos de cometer um ato infracional. 2) Obrigação de reparar o dano: trata-se de atos infracionais com representações patrimoniais, em que o adolescente poderá restabelecer a coisa, solicitar a indenização do dano ou pagar algum prejuízo que tenha causado à vítima. 3) Prestação de serviços à comunidade: consiste na prestação de serviço comunitário, qual seja, atividades não remuneratórias prestadas em entidades assistenciais, hospitais, escolas, programas comunitários e demais estabelecimentos congêneres por um período máximo de seis meses.

Vale lembrar que as tarefas precisam ser efetivadas em horários que não comprometam os dias escolares, podendo ser realizados nos feriados e finais de semana, desde que não exceda oito horas semanais. 4) Liberdade assistida: trata-se de medida que serve para auxiliar e acompanhar o adolescente por determinado período. O juiz nomeia um orientador para que, supervisionado pela autoridade, promova socialmente o adolescente a sua família, orientando e inserindo-os em programa comunitário ou oficial de auxílio e assistência social.

A medida é fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo ser prorrogada a qualquer tempo, revogada ou substituída por outra medida, desde que ouvidos o orientador, Ministério Público e defensor. 5) Regime de semiliberdade: este regime tem o

objetivo de preservar os vínculos sociais e familiares, e é aceito como início ou como forma de progressão para o meio aberto. Comporta o exercício de atividades externas, independentemente de autorização judicial. É obrigatória a escolarização e a profissionalização.

Não comporta prazo determinado, devendo ser aplicadas as disposições a respeito da internação, no que couber. 6) Internação: é a medida que constitui privação da liberdade, considerada portando a mais grave do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sujeita-se a três princípios, quais sejam: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Caso não haja processo legal, nenhum adolescente poderá ser privado de sua liberdade, o Art. 110 do ECA, menciona claramente sobre o assunto, considerando ainda, algumas garantias, tais como a igualdade na relação processual, defesa através de advogado sendo se necessário, gratuita e ser acompanhado dos pais.

Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III - defesa técnica por advogado;

IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento. (ECA, 1990)

Ademais, todas as medidas podem ser aplicadas cumulativamente ou separadamente, bem como substituídas a qualquer tempo. Contudo, as medidas socioeducativas possuem prazos indeterminados, com a exceção da prestação de serviço comunitário que possui prazo máximo de seis meses e a medida de internação que não

pode exceder a três anos. Vale lembrar que nenhuma medida pode ultrapassar a idade de 21 anos, que é a idade que cessa o cumprimento dessa.

2.3 Fidelidade aos princípios institucionais e a mudança do quadro do menor infrator

Sabendo de grande parte e as principais mudanças para a inserção do menor infrator à sociedade, vários fatores são considerados, uma vez que tais decisões são consentidas em conjunto e conforme os fatos ocorridos. A determinação do juiz pode variar de acordo com o ato de infração do menor, julgando sempre o futuro, seus direitos e deveres perante a coletividade.

A (OAB) Ordem dos Advogados do Brasil, em 15 de março de 2006, relevou consideráveis visitas simultâneas aos centros de internação em quase todo o país, averiguando a ascendência de que:

[...] unidades superlotadas, projetos arquitetônicos semelhantes a presídios, presença de celas fortes e castigos corporais, ausência ou precariedade dos projetos socioeducativos, desconhecimento por parte dos adolescentes de sua situação jurídica, procedimentos vexatórios de revista aos familiares por ocasião das visitas, presença de adolescentes acometidos de sofrimento mental, entre outros (OAB Brasília, 2006).

Em diversas instituições essas situações de precariedade ainda são encontradas, mas boa parte solucionada com esta decisão, no entanto, a realidade administrativa dessas condutas é irreversível ao princípio que é defendido em lei. "Várias dessas instituições se encontravam com problemas de superlotação, com registro de até cinco adolescentes em quartos com capacidade individual, e os quartos coletivos abrigam até o dobro de sua capacidade" (OAB, BRASÍLIA, 2006).

Por mais que o cenário por sua maioria seja desfavorável, muitos profissionais acreditam na mudança e tentam de alguma forma incentiva-las. Estas Iniciativas de extrema importância para a transformação são requisitadas através do reconhecimento dessas falhas institucionais, através da visibilidade dos quadros remotos e atuais de maus tratos e desvios de condutas. No entanto, ainda há credibilidade de mudança, conforme a autora afirma:

Acredita-se possível, todavia, promover-se alguma transformação nesse quadro. [...] Por trás de um centro socioeducativo em situação dramática, não raramente, encontra-se um ceticismo gerencial paralisante convencido de que nem infratores nem funcionários têm jeito e que nada há de se fazer para alterar as coisas. É preciso, pois,

antes de mais nada, renovar-se o otimismo e a esperança de que o quadro pode ser modificado. Razões para esse otimismo advêm (HAMOY, 2007, p.17).

O quadro do jovem não pode em hipótese alguma, ser previamente definido por suas ações errôneas, o mesmo precisa sobrepujar sua vulnerabilidade, encontrar dentro da sociedade meios que favoreçam seu crescimento pessoal, ganhando autonomia, concluindo seu processo educacional e formação até mesmo profissional. São assegurados do mínimo, que é educação, saúde, alimentação, lazer, cultura, profissionalização e outros mais. O autor abaixo menciona sobre a formação de uma pessoa responsabilmente livre, onde novamente acredita-se na mudança do quadro do menor infrator, superando sua própria vulnerabilidade.

Em síntese, a tutela da criança e do adolescente deve permitir, no curso do processo educacional, que o menor de idade cresça de forma biopsiquicamente saudável, de modo a superar sua própria vulnerabilidade, informar-se e formar-se como pessoa responsabilmente livre, exercendo, efetivamente, a sua autonomia de maneira mais ampla possível. (TEPEDINO, 2009, p. 204)

Para tal mudança e em fidelidade aos princípios institucionais, criança e adolescente é defendida, conforme mencionado anteriormente, pois, uma vez que o Estatuto garante que nenhum jovem poderá ser objeto de qualquer configuração de discriminação, abandono, negligência, ou ainda sofrer violência.

Todavia, a pessoa que cometer atos cruéis ou relacionados aos maus-tratos aos menores será punida por ação ou omissão, aos direitos fundamentais. Devem ser assegurados os direitos individuais, elucidado no Art. 173 do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, caso sejam, por exemplo, algum deles por ter sua apreensão informada à autoridade judiciária, à família ou mesmo pela pessoa por ele indicada; incluindo também ter seu auto de apreensão em flagrante devidamente lavrado, podendo ser substituído pelo boletim de ocorrência, constituindo escutadas as testemunhas e o próprio adolescente.

Art. 173. Em caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, a autoridade policial, sem prejuízo do disposto nos arts. 106, parágrafo único, e 107, deverá:

- I - lavar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o adolescente;
- II - apreender o produto e os instrumentos da infração;

III - requisitar os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração.

Parágrafo único. Nas demais hipóteses de flagrante, a lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciada. (ECA, 1990)

Outro fator gerador de mudança é o convívio do menor com a família, para que haja melhor desenvolvimento é necessário que se tenha o apoio familiar. Uma política integral sobre a menoridade necessita essencialmente, adaptar-se com a política familiar, já que a família compõe elemento básico formativo, onde se deve preparar a personalidade do menor. (D'ANTONIO, 2008)

Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros: "I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social"; II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; IV - apresentar relatório do caso. (ECA, 1990)

Portanto, para a mudança do quadro do menor infrator, a ressocialização, inserção do mesmo à sociedade, sem danos irreversíveis é necessário, além de um sistema que funcione conforme os princípios institucionais um suporte familiar e social.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas de promoção dos direitos humanos por estar em âmbito global, girar em torno de diretrizes sérias e bem discutidas, precisam estar associadas às verdades e mais próximas possíveis dos cuidados e direitos humanos. Para o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente não pode ser dessemelhante. No decorrer deste estudo mencionamos sobre esse sistema, suas leis e obrigações, como predominantemente foi acrescentando forma no decorrer dos anos, para embasar da melhor maneira os direitos dos jovens desse país.

Expondo opiniões dos autores quanto as diferentes situações que o sistema expõe os jovens, onde por diversos motivos a lei não é condizente com o exposto, onde o quadro político, socioeconômico e institucional não segue os parâmetros impostos. O jovem por mais que tenha a lei a seu favor, é impactado diretamente com as carências que o sistema sofre em todo o país.

Não é preciso e nem possível decretar um fim drástico e irreversível da história social na infância ou juventude, mesmo deparando com inúmeros obstáculos. A histórica luta pela efetivação dos direitos humanos é compatível com a desfavorável cultura do país, sendo ainda um problema político, social e econômico. Ambos os lados possuem consideráveis fatores que nos fazem acreditar na mudança, no entanto, mesmo de forma descontínua e incompleta, melhorias são observadas, principalmente na forma concreta da lei, adequando instituições, ganhando visibilidade da mídia, a melhoria do atendimento ao jovem institucionalizado após o surgimento do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto define o caminho mais apropriado a criança e o adolescente, contudo, nessa perspectiva o presente trabalho demonstrou as medidas socioeducativas acompanhando a breve evolução das leis de defesa do menor, assim como a conduta para que haja a penalidade adequada.

4 REFERÊNCIAS

BASTOS, S. F.; AMORIM, M. L. A qualificação profissional como Possibilidade de ressocialização dos jovens em cumprimento de Medidas socioeducativas. **Revista Labor**, v. 2, n. 18, p. 6-16, 28 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15 de março de 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em 15 de março de 2021.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm. Acesso em 15 de novembro de 2016.

CONSULEX, **Revista Jurídica**, nº 193, p. 40, 31 de Janeiro de 2015.

D'ANTONIO, **Daniel Hugo. Derecho de menores**, p. 9 APUD ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Editora Saraiva, 2018, p. 8.

HAMOY, Ana Celina Bentes. **Direitos humanos e medidas socioeducativas: uma abordagem jurídico-social**. Belém: Movimento República de Emaús; Centro de Defesa da Criança e do Adolescente (CEDECA-EMAÚS), 2007.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 97

LINO, JP. **Histórico das medidas protetivas da criança e do adolescente no Brasil**, 2019. Disponível em: <https://joaoliveiralino.jusbrasil.com.br/artigos/656617197/historico-dasmedidasprotetivas-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil?ref=serp> > Acesso 05 Mai.2021

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. 1ª ed. Barueri – SP, Manoel, 2013

POMPEO, D. A.; ROSSI, L. A.; GALVÃO, C. M. **Revisão integrativa**: etapa inicial do processo de validação de diagnóstico de enfermagem. Acta Paul. Enferm., São Paulo, v.22, n. 4, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Um retrato das unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei.

Brasília: OAB; CFP, 2006. Disponível em:

<<http://www.pol.org.br/publicacoes/pdf/relatoriocaravanas.pdf>>.

O ENSINO DE DIREITO CONSTITUCIONAL NO ENSINO MÉDIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO ESTUDO DO ARTIGO 205 DA CF/88.

BRUNO PEDROSA COSTA DE FARIA PEREIRA:

Graduando de Direito na Instituição de Ensino
UNA – Campus Barreiro

ADRIANO OLINTO MEIRELLES⁹⁵

(orientador)

RESUMO: A Educação, direito fundamental, garantido pelo Art. 205 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, é necessária para concretização do princípio da dignidade humana. Sem a aplicação deste direito não há como preparar o educando para o exercício da cidadania. Neste sentido, o presente trabalho, tem como objetivo central discutir a aplicabilidade do ensino de direito constitucional na educação básica, visando proporcionar ao educando a efetivação da construção de uma consciência cidadã por meio da difusão de conhecimento sobre direitos e garantias fundamentais, estruturação do Estado brasileiro e atividades e limites relacionados à atuação cidadã. Assim sendo, são tecidas reflexões sobre a premissa de formação constitucional básica tendo como marco teórico o Art. 205 da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei de Diretrizes Básicas da Educação, Lei 9394 de 1996, juntamente com a obra dos professores Paulo Freire e André Ramos Tavares. A partir da metodologia de revisão bibliográfica, o trabalho se propõe a analisar a efetividade da inclusão do estudo de direito constitucional no currículo de educação básica. Conclui-se que a escola deve ser um ambiente para construção de uma consciência cidadã plena, onde é necessário o entendimento constitucional do papel do educando como cidadão. Como resultado, percebe-se que é indispensável, para construção de um cidadão com conhecimento pleno sobre seu papel social, a elaboração de um plano de ensino pautado no diálogo que aborde direitos fundamentais e humanos.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Educação. Ensino Médio. Cidadania.

RESUMEN: La educación, un derecho fundamental, garantizado por el artículo 205 de la Constitución de República Federativa de Brasil de 1988, es necesaria para implementar el principio de dignidad humana. Sin la aplicación de este derecho, no hay forma de preparar al estudiante para el ejercicio de la ciudadanía. En este sentido, el presente trabajo, tiene

⁹⁵ Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (1998). Especialista em Filosofia Política pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás e em Ensino pela Universidade Católica de Brasília. Mestre em Filosofia do Direito do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas. Professor Pesquisador e extensão do Centro Universitário UNA.

como objetivo central discutir la aplicabilidad de la enseñanza del derecho constitucional en la educación básica, con el objetivo de brindar al estudiante la realización de la construcción de una conciencia ciudadana y través de la difusión del conocimiento sobre los derechos y garantías fundamentales, estructuración del Estado brasileño y actividades y límites relacionados con la actividad ciudadana. Por ello, se reflexiona sobre la premisa de la formación constitucional básica con marco teórico del artículo 205 de la Constitución de la República Federativa de Brasil y la Ley de Lineamientos Básicos da Educação, Ley 9394 de 1996, junto con el trabajo del docente Paulo Freire y André Ramos Tavares. A partir de la metodología de revisión bibliográfica, el trabajo propone analizar la efectividad de incluir el estudio del derecho constitucional en el currículo de educación básica. Se concluye que la escuela debe ser un entorno para la construcción de una plena conciencia ciudadana, donde es necesario tener una comprensión constitucional del rol del estudiante como ciudadano. En consecuencia, se percibe que es fundamenta, para la construcción de un ciudadano con pleno conocimiento de su rol social, desarrollar un plan de enseñanza basado en el diálogo que aborde los derechos fundamentales y humanos.

Palabras-clave: Derecho Constitucional. Educación. Escuela Secundaria. Ciudadanía.

Sumário: Introdução. 1. Educação: um Direito Fundamental, Social e Humano. 2. A Lei Brasileira de Diretrizes Básicas da Educação. 3 A Construção Da Consciência Cidadã Por Meio Do Ensino De Direito Constitucional No Ensino Médio. 4. Projetos De Leis Federais Em Tramitação. Conclusão. Referência Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A inclusão dos estudos do Direito Constitucional na base curricular da educação nacional é um assunto que vem ganhando espaço nas discussões legislativas contemporâneas. Enquanto Projetos de Leis em âmbito federal caminham a lentos passos e geram grandes discussões, decisões regionais avançam no sentido da inclusão da matéria.

Diante dessa conjuntura é necessário analisar os aspectos positivos da inclusão da disciplina de Direito Constitucional na grade curricular da educação básica, investigando o impacto social que a ação tem na construção de uma consciência cidadã.

Para tanto, este trabalho adotará como marcos teóricos os pensamentos do professor André Ramos Tavares (2020); a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988; a Lei de Diretrizes Básicas da Educação Brasileira, Lei 9394 de 1996; juntamente com a obra do professor e patrono da Educação Brasileira, Paulo Freire (1967).

Essas obras e marcos legislativos contribuirão sobremaneira para o estudo aqui proposto, acerca da importância do ensino de Direito Constitucional no Ensino Médio, com

o objetivo de proporcionar ao educando a capacidade de exercer em plenitude seus direitos e garantias, conhecer a extensão de seus deveres e o modo do qual o Estado se organiza, construindo, deste modo, uma consciência cidadã.

Sobre o direito à educação, pilar fundamental deste trabalho, diz, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1998:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Portanto, a Constituição estabelece que é dever do Estado e da família preparar o educando para o exercício da cidadania. Cidadania, segundo conceitua o professor Jaime Pinsky, é "uma série de direitos, deveres e atitudes relativos ao cidadão, aquele indivíduo que estabeleceu um contato com seus iguais para a utilização de serviços em troca de pagamento (taxas e impostos) e de sua participação ativa ou passiva na administração comum". (PINSKY, 2020, p.20).

Sendo assim, é necessário oferecer um plano educacional onde seja proporcionado ao educando o acesso ao conhecimento de seus direitos e deveres constitucionais, fundamentando-se na importância, aplicação e extensão de seus direitos humanos, fundamentais e sociais, abarcando conceitos como liberdade e solidariedade humana, para que compreenda as diretrizes da sociedade onde vive, construindo uma consciência social que possibilite o exercício da cidadania e a efetivação do seu lugar como cidadão.

Nesse sentido, esclarece o professor André Ramos Tavares, em seu livro Curso de Direito Constitucional:

Frise-se que a concepção de cidadania adotada pela Constituição de 1988 coincide com aquela introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e vincula-se, portanto, ao movimento de incorporação (internalização) dos direitos humanos e, acrescente-se, ao movimento da máxima efetividade dos referidos direitos. (TAVARES, 2020, p.178).

Porém para que o processo de internalização dos Direitos Humanos seja eficaz, é necessário mais do que coincidir com a concepção de cidadania da Constituição. Toda formação do cidadão precisa ser pautada no estudo, na literatura e no debate sobre a cidadania. Educar para a cidadania capacita o educando a participar da construção de uma sociedade mais democrática e justa.

A importância de oferecer ao cidadão a possibilidade do debate para construção de consciência do próprio comportamento é expressada no pensamento do professor e patrono da educação brasileira, Paulo Freire, em seu livro *Educação Como Prática de Liberdade*:

A democracia que, antes de ser forma política, é forma de vida, se caracteriza sobretudo por forte dose de transividade de consciência no comportamento do homem. Transividade que não nasce e nem se desenvolve a não ser dentro de certas condições em que o homem seja lançado ao debate, ao exame de seus problemas e dos problemas comuns. Em que o homem participe. (FREIRE, 1967, p.81).

Buscando fomentar o debate sobre a inclusão da temática constitucional no currículo educacional básico brasileiro, é importante destacar que o tema proposto neste artigo conduz a um caminho reflexivo analítico alicerçado ao seguinte problema de pesquisa: De que modo o ensino do direito Constitucional no Ensino Médio poderia servir para a promoção da cidadania?

De modo a responder à questão este trabalho se desenvolverá a partir da análise de estudos, leis e obras que abordam a importância de uma experiência educacional com base em formação jurídica básica, promovendo o entendimento de que a escola deve servir de espaço para a formação de uma consciência cidadã plena.

Nesse sentido, no capítulo **EDUCAÇÃO: UM DIREITO FUNDAMENTAL, SOCIAL E HUMANO**, analisaremos o ordenamento jurídico e a Declaração Universal de Direitos Humanos em busca de compreender o modo que a educação é representada nos contextos de direitos fundamentais, sociais e humanos. No capítulo **A LEI BRASILEIRA DE DIRETRIZES BÁSICAS DA EDUCAÇÃO**, discorreremos sobre a importância da Lei 9394/96 e como o contexto do ensino de Direito Constitucional pode ser inserido em seu contexto. No capítulo **A CONSTRUÇÃO DA CONSCIÊNCIA CIDADÃ POR MEIO DO ENSINO DE DIREITO CONSTITUCIONAL NO ENSINO MÉDIO**, aprofundaremos conceitos de cidadania e constitucionalismo relacionando-os com a construção de uma consciência cidadã plena. Adiante, em **PROJETOS DE LEIS FEDERAIS EM TRAMITAÇÃO**, verificaremos dois projetos de leis federais relevantes ao tema.

Importante salientar que a temática é relativamente recente, sendo necessário mais pesquisas que explorem a matéria, justificando, assim, a presente pesquisa. De modo que o presente estudo servirá como fonte para ampliação dos debates e contribuirá para suprir a incipiência científica nesta área. Ainda como forma de aprofundamento na discussão, a experiência em direito comparado canadense será aqui relatada e abordada.

1. EDUCAÇÃO: UM DIREITO FUNDAMENTAL, SOCIAL E HUMANO

Sendo promulgada em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil ficou conhecida como Constituição Cidadã por garantir direitos civis e imputar responsabilidades ao Estado. Sendo a sétima Constituição do país, sua promulgação se deu após o fim do Regime Militar.

Conduzida por Ulisses Guimarães, a Assembleia Constituinte, iniciada em fevereiro de 1977 se propôs a ouvir a população por meio de audiências públicas e projetos de iniciativa popular que obtivessem o apoio de 30 mil eleitores e o respaldo de três entidades.

A Constituição de 1988, trazia, então, grandes avanços sociais, consolidando, também, o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu texto, no título de princípios fundamentais, no título de direitos e garantias fundamentais e em seu artigo 255. Como ressaltado por Ulisses Guimarães: "É imperioso reconhecer e louvar o fato de a nova Constituição brasileira estar impregnada dos direitos humanos sociais, hoje uma preocupação internacional." (Guimarães, 1988).

Nesse contexto de grandes mudanças, a oferta de Educação de qualidade a todos os brasileiros, que até então não era uma obrigação formal do Estado, passou a ser considerada um direito fundamental, social e humano para o ordenamento jurídico do país.

Desta forma, para consagrar a educação como direito social do cidadão, a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu Art. 6º, no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (BRASIL, 1988)

Adiante, ao estabelecer a condução da Ordem Social, descrita no Título VIII, a Carta Magna cita a Educação como direito de todos e obrigação do Estado e da família, em seu Art. 205: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho." (BRASIL, 1998)

Ao analisar os artigos acima, nota-se que a Educação passou a figurar como peça fundamental para desenvolvimento do cidadão e para o exercício da cidadania e, como bem inerente à dignidade da pessoa humana, coube ao Estado o dever de proporcionar a todos condições para seu pleno exercício. Para Libâneo:

A democratização da escola pública, portanto, deve ser entendida aqui como ampliação das oportunidades educacionais, difusão dos conhecimentos e sua reelaboração crítica, aprimoramento da prática

educativa escolar visando à elevação cultural e científica das camadas populares, contribuindo, ao mesmo tempo, para responder às suas necessidades e aspirações mais imediatas (melhoria de vida) e à sua inserção num projeto coletivo de mudança da sociedade. (LIBÂNEO, 1984, p.12)

Portanto, a Educação em seus graus elementares e fundamentais também deve ser gratuita e obrigatória. Orientada para o fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. Promovendo “a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.” (DUDH, 1948), conforme estabelecido no Art. 26 da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Deste modo, todo contexto educacional nacional é voltado para o desenvolvimento do cidadão e precisa se pautar em qualificação para o trabalho, conhecimento acerca de direitos humanos e liberdades fundamentais, tolerância, respeito e cooperação. Cabe ao Estado proporcionar ao cidadão o acesso a uma educação gratuita e de qualidade.

Ainda assim, a educação brasileira ocupa posições ruins em rankings internacionais de educação, como Anuário de Competitividade Mundial (*World Competitiveness Yearbook – WCY*)⁹⁶, onde ocupamos o último lugar, num ranking de 63 nações. Desta forma é preciso buscar novos meios de difundir a educação, capacitar profissionais e motivar alunos.

Uma das propostas de alteração no plano de ensino brasileiro é a inclusão do estudo do Direito Constitucional na grade curricular do Ensino Médio, sendo a forma mais objetiva de oferecer ao estudante o conhecimento acerca de direitos humanos e liberdades fundamentais.

O Ensino Médio é a última etapa da educação básica brasileira. Com três anos de duração e o objetivo de aprimorar os conhecimentos obtidos pelos estudantes nos ensinos fundamental I e II, é oferecido aos educandos contato com aspectos mais avançados de cada disciplina. É onde o aluno, já adolescente, tem contato com as matérias de Filosofia e Sociologia, tornando mais eficaz o ensino do Direito Constitucional.

2. A LEI BRASILEIRA DE DIRETRIZES BÁSICAS DA EDUCAÇÃO

Aprovada em dezembro de 1996, a Lei 9394/96, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional é a mais importante legislação no que se refere à educação.

⁹⁶ Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/xbrasil-cai-para-ultima-posicao-em-educacao-em-ranking-global-de-competitividade/>>. Acesso em: 15 DE MAIO DE 2020.

Seu intuito é regulamentar o sistema educacional, público e privado, do Brasil, da educação básica ao ensino superior, disciplinando o acesso do cidadão ao direito a uma educação gratuita e de qualidade, estabelecendo os deveres da União, dos estados e municípios.

Para Marcelo L. Ottoni de Castro, Historiador e Consultor Legislativo do Senado Federal, “não há dúvida de que a lei favoreceu a expansão das oportunidades educacionais, ao reforçar direitos, ao delinear os deveres de cada nível de governo em matéria educacional e mesmo ao não criar entraves para que essa expansão ocorresse”. (CASTRO, 2007)

A Lei estabelece, também, a base nacional comum para os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio, trazendo definições sobre organização de conteúdo, carga horária mínima e, mais uma vez, a necessidade de as escolas abordarem conteúdos relativos a “difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática” (DUDH, Art. 27, I), bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (DUDH, Art. 26, § 9º).

É possível depreender, portanto, que diversos tópicos do Ordenamento Jurídico Brasileiro, relacionados a Educação Nacional, abarcam questões ligadas ao ensino de direito para educandos do Ensino Médio, sempre com fulcro na difusão de valores fundamentais ao interesse social, na construção de um cidadão que compreenda seus direitos e deveres, entenda as instituições democráticas do país e esteja capacitado a exercer atividades econômicas e sociais. Para John Dewey:

Não basta fazer-se que a educação não seja usada ativamente como instrumento para facilitar a exploração de uma classe por outra. Devem assegurar-se as facilidades escolares com tal amplitude e eficácia que, de fato, e não em nome somente, se diminuam os efeitos das desigualdades econômicas e se outorgue a todos os cidadãos a igualdade de preparo para suas futuras carreiras. (DEWEY, 1979, p.105).

Deste modo, concentrar a temática em uma disciplina aplicada de Direito Constitucional é atender aos dispositivos legais enquanto dá ao educando a possibilidade de aprofundar seus conhecimentos e de construir uma consciência cidadã sólida.

3. A CONSTRUÇÃO DA CONSCIÊNCIA CIDADÃ POR MEIO DO ENSINO DE DIREITO CONSTITUCIONAL NO ENSINO MÉDIO

Dewey afirma que “a educação é uma função social que assegura a direção e o desenvolvimento dos imaturos, por meio de sua participação na vida da comunidade a que pertencem”. (DEWEY, 1979, p.87)

Portanto, a formação do cidadão, a fim de que ele possa exercer a cidadania plena, passa necessariamente pela sua formação acadêmica básica.

Paulo Freire, em sua obra *Política e Educação*, nos diz que “cidadão significa indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado e que cidadania tem que ver com a condição de cidadão, quer dizer, com o uso dos direitos e o direito de ter deveres de cidadão.” (FREIRE, 1993, p.25).

O Dicionário Oxford, define “Cidadão” como “indivíduo que, como membro de um Estado, usufrui de direitos civis e políticos por este garantidos e desempenha os deveres que, nesta condição, lhe são atribuídos” e “Plenitude” como o “estado do que é inteiro, completo”.

Deste modo, podemos entender a plenitude da cidadania, como o estado onde o indivíduo, inserido na sociedade, não somente faz o usufruto de seus direitos civis e políticos e desempenha seus deveres, como compreende seu papel social enquanto cidadão, participando ativamente, e conhece a origem de seus direitos e deveres.

O sociólogo Francisco de Oliveira, em entrevista, disse que “O cidadão pleno não é só aquele que recebe o usufruto de sua plenitude, mas é aquele que forja a plenitude desse usufruto, e isso significa uma participação ativa no andamento da sociedade, na intervenção dentro do Estado, na criação de instituições”. (OLIVEIRA, 1999)

Então, se a educação formal busca formar o educando para o exercício da cidadania, visando a participação social, o uso dos direitos e o desempenho de deveres, é indispensável possibilitar ao educando o conhecimento acerca das diretrizes que norteiam o papel de cidadão.

A Constituição Federal, é a norma soberana do país, que regulamenta o funcionamento do Estado, a organização dos poderes e estabelece os direitos e os deveres do seu povo. Para garantir direitos positivados e minimizar arbitrariedades do Estado é necessário criar medidas de popularização do conhecimento acerca do conteúdo da Carta Magna.

Afinal, segundo André Ramos Tavares, em seu Curso de Direito Constitucional, o Constitucionalismo Moderno, caracteriza-se pela:

- a) pela publicidade, permitindo o amplo conhecimento da estrutura do poder e garantia de direitos;
 - b) pela clareza, por ser um documento unificado, que afasta as incertezas e dúvidas sobre os direitos e os limites do poder;
 - c) pela segurança, justamente por proporcionar a clareza necessária à compreensão do poder.
- (TAVARES, 2020, p.83).

Nessa perspectiva, funda-se a necessidade de oferecer ao cidadão a publicização acerca de seus direitos e garantias, de maneira clara e segura. Dessa forma é possível entender qual é o papel do cidadão dentro da organização da sociedade e como ele pode exercer sua cidadania.

Tavares define o Direito Constitucional da seguinte maneira:

Na realidade, portanto, o Direito Constitucional é a base que oferece sustentação a todos demais "direitos" disciplinados, no Brasil, por leis (leis complementares, ordinárias, delegadas), medidas provisórias e decretos. Portanto, tem-se o Direito Constitucional como a base, o fundamento dos demais "ramos" (melhor seria falar em âmbitos de conhecimento jurídico), seja qual for a repartição que se queira (ou não) realizar entre esses "Direitos". (TAVARES, 2020, p. 126)

Deste modo, a discussão acerca da inclusão da disciplina de Direito Constitucional na grade curricular obrigatória do ensino fundamental e médio orienta-se na observância de que seu conhecimento é essencial para embasar a condição de cidadão, permitindo a ele o acesso a compreensão necessária para exercer seu papel, conhecer a limitação de seus direitos, a amplitude de seus deveres e a possibilidade de integração participativa no processo do poder. Só assim, a dignidade da pessoa humana, princípio legal, reconhecido pela Constituição Federal da República, que só pode ser garantida.

Atualmente, no Brasil, há um lento despertar político acerca da necessidade da inclusão da disciplina de Direito Constitucional na grade curricular de ensino, por meio de projetos de lei que visam a alteração da Lei de Diretrizes Básicas da Educação.

Saindo à frente das discussões federais, a cidade de Belo Horizonte, capital de Minas Gerais implementou as disciplinas de Empreendedorismo e Noções de Direito nas escolas municipais integradas, a partir do 6º ano do ensino fundamental, por meio da Lei Municipal 11.243/2020.

Em seu artigo segundo e no parágrafo único, a lei dispõe que:

Art. 2º - O profissional que lecionará sobre o tema Noções de Direito e Cidadania deverá ser graduado em Direito, com título de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação - MEC.

Parágrafo único - Serão abordados preferencialmente os temas que tenham impacto direto na formação da cidadania, como os direitos e garantias fundamentais e os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Porém, uma crítica se faz necessária. É imprescindível observar que a continuidade e o aprofundamento das temáticas no Ensino Médio são de fundamental importância para a efetividade e perpetuação do ensino.

Também, há um despertar social, que leva educandos da área de Direito e advogados, de instituições privadas, a criar projetos de educação como o Constituição nas Escolas.

O Projeto Constituição nas Escolas foi fundado em 2014 por ex-alunos e professores da Faculdade de Direito da PUC-SP e tem o consiste na realização de aulas sobre a Constituição Federal Brasileira, direitos humanos e civildade aos alunos da rede pública de ensino.

Para Felipe Costa Rodrigues Neves, mestre em *International Law, Business and Policy* pela *Stanford Law School*, nos Estados Unidos, fundador e presidente do projeto:

O objetivo do Projeto, através das aulas sobre a Constituição Federal Brasileira, é expandir a noção cívica dos nossos estudantes, ensinando-lhes sobre seus direitos e deveres constitucionais, para que tenham uma base educacional sólida para compreender a importância de ser um cidadão consciente. A compreensão da Constituição Federal Brasileira é importante pois ela serve de base para todas as outras leis e ordenamentos que os estudantes deverão seguir ao longo de suas vidas. (NEVES, 2017)

Por fim, é necessário observar que o objetivo não é tornar o educando um bacharel em direito, mas, sim, prepará-lo para participação na tomada de decisões políticas, buscando fortalecer os processos democráticos do Estado e possibilitar às futuras gerações o conhecimento acerca da sociedade que estão inseridos, seus direitos, garantias e deveres inscritos na Constituição Federal e a consciência de que todo poder emana do povo.

4. PROJETOS DE LEIS FEDERAIS EM TRAMITAÇÃO

Observando os posicionamentos doutrinários e devido à necessidade da reforma do sistema educacional brasileiro, apontados neste estudo, visando a inclusão da disciplina de Direito Constitucional, encontram-se em tramitação dois importantes projetos de lei federal sobre o assunto.

5.1 PL 6954/2013

De propositura do Senador Romário de Souza Faria, a PL 6954/2013 propõe a inclusão das disciplinas de direito constitucional e direito da criança e do adolescente como matérias obrigatórias no ensino fundamental e a inclusão das disciplinas de direito

constitucional, sociologia e filosofia na grade obrigatória do ensino médio, alterando, respectivamente, os artigos 32 e 36 da Lei Brasileira de Diretrizes Básicas da Educação (Lei 9394/96).

Segundo o senador, “O objetivo deste projeto de lei é expandir a noção cívica dos nossos estudantes, ensinando-lhes sobre seus direitos constitucionais, como cidadão e futuro eleitor, e, em contrapartida, aprenderem sobre seus deveres.” (SENADO, Romário, PL 6954/2013)

Observa-se que o Projeto de Lei foi elaborado em 2013, época de grandes manifestações nacionais. Fato este que também é citado pelo então Deputado Federal em sua justificativa. Também, o Deputado, ressalta que ao completar 16 anos o jovem tem o direito à emissão do título de eleitor e exercer o direito ao voto.

O Projeto de Lei tramita em regime de prioridade na Câmara, sob o número 3380/2015 e aguarda parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça de Cidadania (CCJC). Deste modo, já tendo tramitado no Senado, o projeto ainda depende do posicionamento da Câmara e sanção do Presidente da República para tornar-se lei.

5.2 PL 403/2015

De propositura do Deputado Fernando Torres, a PL 403/2015, também visa a alteração da Lei 9394/96 – Lei Brasileira de Diretrizes Básicas da Educação, por meio da implementação da disciplina de Direito Constitucional, bem como a inclusão das matérias de Direito do Consumidor e Direito Administrativo, na grade escolar do ensino fundamental e médio.

O autor justifica a propositura do Projeto de Lei, defendendo que “as normas jurídicas são de grande importância para a população onde o cidadão deve conhecer seus direitos e deveres perante a sociedade.”. (SENADO, Fernando PL 403/2015)

Por sua vez, este projeto propõe uma alteração mais profunda na Lei de Diretrizes Básicas da Educação, alterando o Art. 26, incluindo, não só a matéria de Direito Constitucional, como Direito do Consumidor e Administrativo, sob a justificativa de que, em grande parte das vezes, apenas acadêmicos de direito tem a oportunidade de conhecer seus direitos.

Sendo apensado ao Projeto de Lei 4744/2012, o projeto aguarda para entrar na pauta de votações do plenário desde 2015.

CONCLUSÃO

Deste modo, vimos que os parâmetros educacionais brasileiros visam a formação de cidadãos não somente conscientes de seus direitos e deveres, mas, também, politicamente participativos e socialmente ativos.

Para alcançar tais objetivos educacionais é indispensável oferecer ao cidadão a possibilidade de conhecer a Constituição Federal, visto que, trata-se da Carta Magna do país, que define direitos e deveres, regula o funcionamento do Estado e estabelece o funcionamento dos poderes.

Todavia, o estudo constitucional não é oferecido pelo Estado durante o período de educação básica do cidadão, muitas vezes, ficando ao cargo e restrito ao curso de Direito. O conhecimento de garantias fundamentais é relevante em áreas sociais, políticas e econômicas, de modo que, o desconhecimento gera prejuízos a essas áreas.

Evidencia-se, portanto, a necessidade da inclusão da matéria de Direito Constitucional nas grades curriculares do Ensino Médio, figurando em conjunto com as matérias de Sociologia e Filosofia.

Deste modo, será possível incluir no processo de formação educacional a conscientização acerca das bases do ordenamento jurídico brasileiro e construir uma consciência cidadã no educando. Ressalta-se que entre os educandos do presente estão as lideranças políticas que irão inspirar as futuras gerações.

Afinal, se visamos o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o mercado de trabalho, bem como construir uma sociedade solidária, livre e justa, não há melhor caminho do que o da Educação.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FREIRE, Paulo. **Educação Como Prática da Liberdade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.

FREIRE, Paulo. **Política e Educação**. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIBÂNEO, J. C. **Democratização da escola pública: a pedagogia crítico-social dos conteúdos**. 1ª ed. São Paulo: Loyola, 1984.

DEWEY, J. **Democracia e educação: introdução à filosofia da educação**. 4ª. Ed., São Paulo. Cia. Ed. Nacional, 1979.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15/08/2020

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.** Brasília, 20 de dezembro de 1996. DOU de 23.12.1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm> Acesso em: 13/02/2021

_____. Projeto de Lei da Câmara dos deputados nº 403/2015. **Torna-se Obrigatória a inclusão no Currículo Oficial de Ensino fundamental e médio as disciplinas Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito do Consumidor.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1302693> Acesso em: 21/03/2021

_____. Projeto de Lei do Senado nº 6954/2013. **Altera a redação dos arts. 32 e 36 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para inserir novas disciplinas obrigatórias nos currículos dos ensinos fundamental e médio.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1209892&filename=PL+6954/2013> Acesso em: 21/03/2021

BELO HORIZONTE. Lei nº 11.243, de 30 junho de 2020. **Institui Empreendedorismo e Noções de Direito e Cidadania como temas a serem abordados no contraturno das escolas municipais de educação integral.** Disponível em: <<http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1230452#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.243%2C%20DE%2030,Art>> Acesso em: 21/03/2021

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Ata da 341ª Sessão. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte.** Brasília. 1998. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/308anc05out1988.pdf#page=6>> Acesso em: 05/12/2020

NOGUEIRA, André Magalhaes. Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88. **Fundação Getúlio Vargas – Verbete Temático.** Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/assembleia-nacional-constituente-de-1987-88>> Acesso em: 05/12/2020

CÂMARA, Hermano Victor Faustino. **Estudos Jurídico-Constitucionais no Ensino Básico Brasileiro: uma análise a luz do direito fundamental a educação.** Natal: Universidade

Federal do Rio Grande do Norte, 2017. Disponível em:
<<https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/24737>> Acesso em: 15/08/2020

CASTRO, Marcelo L. Ottoni de. **A EDUCAÇÃO BRASILEIRA NOS DEZ ANOS DA LDB.** Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2007. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-33-a-educacao-brasileira-nos-dez-anos-da-ldb>> Acesso em: 07/06/2021

BRASIL CAI PARA ÚLTIMA POSIÇÃO EM EDUCAÇÃO EM RANKING GLOBAL DE COMPETITIVIDADE. **IstoÉ Dinheiro**, 16/06/2020. Economia. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/xbrasil-cai-para-ultima-posicao-em-educacao-em-ranking-global-de-competitividade/>> Acesso em: 15/08/2020

OLIVEIRA, Francisco de. **O QUE É FORMAÇÃO PARA A CIDADANIA?** Entrevista concedida a Silvio Caccia Bava. Dezembro de 1999; Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/coliveira.htm>> Acesso em: 08/06/2021

PROJETO CONSTITUIÇÃO NA ESCOLA. Projeto Constituição na Escola, 2017. O Projeto. Disponível em: <<http://constituicaonasescolas.com.br/projeto/>> Acesso em: 10/06/2021

INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS QUE IMPÕEM A PARALISAÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

ALVACIR DE SÁ BARCELLOS:

Advogado, especialista em direito público.

A quantidade de ações paralisadas à espera do julgamento de temas de demandas repetitivas impõe uma reflexão sobre o instituto de recursos repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas, consagrados pelo chamado Código Fux.

Os dispositivos do CPC que tratam do tema são, principalmente, os que seguem:

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

...

Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

Sabe-se que a tutela jurisdicional é um remédio que em regra só produz efeitos depois de longo tempo de duração do processo.

Entretanto, essa infeliz tradição não pode servir de justificativa para a aceitação de mais um instrumento de paralisação processual.

O fato é que a suspensão do processo por admissão de incidente de resolução de demandas ou de recurso repetitivos vai de encontro ao que se espera da Justiça e, especialmente, ao inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF, que diz:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Os institutos em questão se mostram como barreiras processuais aos "meios que garantam a celeridade de sua tramitação", não só em relação às decisões de mérito, mas também no que diz respeito às tutelas cautelares e satisfativas de urgência. A realidade tem mostrado que as medidas de urgência enfrentam muito mais resistência de implantação quando postuladas em processos paralisados que aguardam uma decisão uniformizadora por parte de um tribunal superior.

Para piorar o cenário, tem-se constatado na prática que o prazo limitador de suspensão dos processos, inicialmente previsto para ser de um ano, a partir da instauração do incidente, pelo art. 980 do CPC, acaba perdurando até o julgamento do recurso, prevalecendo, como regra, a exceção ("salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário"), também presente no mesmo dispositivo.

Suspender o enfrentamento do mérito até que um tribunal superior possa uniformizar a jurisprudência sobre um determinado tema, o que em regra costuma impor a espera de longos anos, ou até mesmo décadas, ofende a razoabilidade, porquanto é preferível oferecer ao paciente um remédio disponível, ainda que insuficientemente testado, a outro que precisa aguardar estudos mais aprofundados, mas sem prazo certo, uma vez que corre-se o risco deste último chegar apenas após a morte do enfermo.

Aliás, não é novidade que a suspensão de demandas promovida nas lides repetitivas aumentou sobremaneira o número de jurisdicionados que não sobrevivem à decisão de mérito e muito menos ao trânsito em julgado da sentença de seus processos.

Qual, então, a segurança jurídica proporcionada por tais institutos?

Necessário realçar que a pretensa segurança jurídica é tão somente um norte a ser buscado, jamais um ponto efetivamente alcançável, haja vista a fluidez da jurisprudência. O próprio legislador deixa isso claro ao prever a modificação de entendimento dos tribunais, no parágrafo quarto do artigo 927 do CPC, que assim estabelece:

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

A necessária segurança jurídica às decisões judiciais já se encontra contemplada pelo ordenamento jurídico, sem o desproporcional efeito colateral da morosidade acarretado pelos recursos repetitivos.

O direito pátrio já dispõe de mecanismos para enfrentar os naturais dissensos jurisprudenciais, sem a necessidade de paralisar demandas antes do trânsito julgado. Assim se verifica com a inexigibilidade da “coisa julgada inconstitucional”, bem como com a ação rescisória, a qual talvez precise apenas ser aperfeiçoada pela possibilidade (legal ou judicial) de suspensão do prazo de interposição, quando a decisão rescindenda tiver contrariado um incidente admitido antes dela, mas ainda não decidido na data da sentença ou acórdão.

Por essas resumidas razões, necessário se faz que o Supremo seja provocado a enfrentar a inconstitucionalidade dos dispositivos do CPC que impõem a suspensão ou sobrestamento de processos em decorrência de recursos repetitivos ou do incidente de resolução de demandas repetitivas, a exemplo do artigo 12; do inciso IV, do artigo 313; do inciso III do artigo 1.030; parágrafo 5º do artigo 1.035; parágrafo 1º do artigo 1.036; e do inciso II do artigo 1.037, entre outros.

Alvacir de Sá Barcellos

Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1231525548812243>

AS FUNÇÕES DAS CORTES DE JUSTIÇA, DE PRECEDENTES E O ACESSO À JUSTIÇA

ISRAEL CUNHA FERREIRA: Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Advogado associado na Advocacia Ramos Fernandez Sociedade de Advogados.

SHEILA CUNHA MARTINS⁹⁷

(coautora)

RESUMO. O presente trabalho tem como objetivo apresentar as funções das chamadas cortes de justiça e de precedentes, bem como o entendimento doutrinário e legislativo quanto aos termos "jurisprudência" e "precedentes" e garantia do acesso à justiça na aplicação dos precedentes, a metodologia utilizada no estudo é a pesquisa bibliográfica.

Sumário: 1. Introdução. 2. As cortes de justiça e suas funções. 3. As cortes de precedentes e suas funções. 4. Acesso à justiça. 5. Conclusão. 6. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Função das cortes de justiça. Função das cortes de precedentes. Access to justice. Precedent. Jurisprudence.

ABSTRACT. The present work aims to presente of the functions os the calls courts of justice and in courts of precedentes, as well as the understanding doctrinal and legislative how much to the terms "jurisprudence" and "precedentes" and warranty of access to justice in the application of the precedentes, the methodology used in the study is the research bibliographic.

KEYWORDS: Function of the courts of justice. Function of the courts of precedents. Acesso à justiça. Precedente. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

⁹⁷ Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduada em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogada associada na Advocacia Ramos Fernandez Sociedade de Advogados.

Este artigo tem como escopo apresentar as funções das cortes de justiça e das cortes de precedentes e a sua relação com o acesso à justiça no sistema processual brasileiro.

O trabalho aborda especificamente acerca das Cortes de justiça, neste caso os Tribunais de Justiça estaduais e os Tribunais Regionais federais, e das Cortes de precedentes, sendo elas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

E através de levantamento doutrinário traz uma análise do sistema brasileiro de precedentes e as funções específicas de cada tribunal brasileiro dentro do sistema estabelecido com o Código de Processo Civil de 2015, bem como, estabelece uma distinção entre os termos “jurisprudência” e “precedente” e sua mais adequada conceituação.

Assim, partindo do entendimento do sistema brasileiro de precedentes, das funções das cortes de precedentes e das cortes de justiça, interpretação e aplicação do direito faz-se uma relação com o direito constitucional do acesso à justiça.

2. AS CORTES DE JUSTIÇA E SUAS FUNÇÕES

De partida, têm-se que a organização judiciária brasileira coloca as Cortes de Justiça como responsáveis pela distribuição da justiça ao caso concreto⁹⁸.

Noutras palavras, as Cortes de Justiça têm como função “controlar a interpretação dos fatos da causa e direito aplicável ao caso concreto e fomentar a debate a respeito das possíveis soluções interpretativas por meio da jurisprudência”⁹⁹.

Entendendo-se também como função das Cortes de Justiça o “exercício de controle *retrospectivo* sobre as causas decididas em primeira instância e uniformizar a jurisprudência”¹⁰⁰, ou seja, funcionando como corte de correção.

Assim,

As Cortes de Justiça visam a controlar retrospectivamente as decisões tomadas pelos juízes de primeiro grau mediante julgamento de recursos de apelação e de agravo de instrumento a fim de que o caso concreto possa ser decidido de forma justa. Por esta razão, diante do direito brasileiro vigente, abre-se a

98 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 590.

99 Idem, p. 590.

100 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 81.

oportunidade de ampla discussão da causa. Vale dizer: em todos os seus aspectos fáticos-probatório-jurídicos podem as Cortes de Justiça reexaminar a causa¹⁰¹.

E quando se fala das decisões reiteradas prolatadas pelas Cortes de Justiça – tribunais estaduais e regionais federais –, tecnicamente, estar-se-á referindo-se às jurisprudências destes tribunais.

Porém, comumente se encontra em petições e decisões judiciais o uso do termo precedente para se referir a julgados que compõe a jurisprudência de determinado tribunal, esta confusão é tão recorrente que Michele Taruffo¹⁰² no texto intitulado “Precedentes e Jurisprudência” fala do uso dos termos como sinônimos “nas primeiras falas do meu discurso tenho usado deliberadamente, por simplicidade, os termos “precedentes” e “jurisprudência” como se fossem sinônimos” e, no mesmo texto, posteriormente, afirma que “que entre precedente e jurisprudência existe nítida distinção”¹⁰³.

A distinção existente entre precedentes e jurisprudência tem importante relação com o presente estudo, pois, no sistema brasileiro, as Cortes de Justiça têm a incumbência, de acordo com o art. 926¹⁰⁴ do Código de Processo Civil de 2015, o dever uniformizar a sua jurisprudência, o mencionado artigo trata da questão da seguinte forma:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

101 MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. – 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 83.

102 TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo – Vol. 199, set.2011, p. 139.

103 Idem.

104 BRASIL, **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm . Acesso em 15 de agosto de 2021.

Assim, o termo “jurisprudência”, de acordo o mencionado artigo, tem-se um sentido um pouco distinto do termo “precedente”, tendo em vista que jurisprudência supõe o mínimo de constância, coerência e estabilidade e, em certa medida, a uniformização dos entendimentos entre os tribunais, o que surge como consequência da existência de decisões reiteradas no mesmo sentido¹⁰⁵.

É óbvio que se espera que a jurisprudência das Cortes de Justiça seja uniforme e segura, sendo que tais Cortes a partir de seus julgados e diante de um novo caso concreto deve aplicar sua jurisprudência mitigando possível ofensa ao princípio da igualdade. Ocorre que as Cortes de Justiça estão relacionadas à busca dos prováveis significados do texto das leis, tendo como ponto de partida, o controle de justiça do caso concreto (sendo que o exercício de interpretar o direito é somente um meio de alcançar o objetivo final, qual seja, o controle da justiça do caso)¹⁰⁶.

Quanto a este mencionado controle da justiça, Daniel Mitidiero¹⁰⁷ preleciona no seguinte sentido:

Para controlar retrospectivamente as decisões tomadas pelos juízes de primeiro grau, as Cortes de Justiça precisam interpretar textos e elementos não textuais da ordem jurídica. Dada a dupla indeterminação do direito, esses julgamentos inevitavelmente produzem um rico manancial de possíveis soluções a respeito do adequado significado que esses dispositivos devem ter à luz do contexto dos casos concretos em que inseridos. Ao fazê-lo, essas Cortes de Justiça causam uma inevitável dispersão a respeito do significado da interpretação do direito.

105 THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JR, Clóvis Smith. **Precedentes judiciais**. – São Paulo : Saraiva Educação, 2021, p. 113.

106 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 590-591.

107 TERESA ARRUDA ALVIM, **Precedentes e Evolução do Direito, Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 64, *apud* MITIDIERO, Daniel. **Precedentes : da persuasão à vinculação**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 84.

Esta variável tão significativa de interpretação costuma durar enquanto não sobrevier orientação interpretativa definitiva proferida pelas Cortes de Precedentes¹⁰⁸.

Percebe-se que ao debater as possibilidades de interpretação das leis para aplicá-las aos casos concretos, considerando a inexistência de jurisprudência e precedentes sobre determinado tema, e, na existência destes, garantir igual aplicação da sua jurisprudência e dos precedentes às demandas, as Cortes de Justiça exercem importante função dentro da organização judiciária brasileira.

3. AS CORTES DE PRECEDENTES E AS SUAS FUNÇÕES

Conforme já abordado, as Cortes de Justiça possuem função distinta das Cortes de Precedentes, tendo em vista que nestas o caso concreto é somente o meio pelo qual o Poder Judiciário irá estabelecer sua interpretação do direito¹⁰⁹.

As Cortes de Precedentes, para este estudo – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal - basicamente, são as “cortes voltadas à unidade do direito, cuja função é interpretar o direito a partir do caso concreto e dar a última palavra a respeito de como deve ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso País”¹¹⁰.

“Devem atuar a fim de guiar as futuras decisões das Cortes das Justiça, dos juízes a elas vinculados, da administração pública e o comportamento de toda a sociedade civil”, bem como, “outorgando unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação”¹¹¹.

De forma ampla, não se pode compreender o termo “precedente” como sinônimo de qualquer decisão judicial, muito menos restringir precedente a qualquer entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal (art. 1.035, § 11, do CPC/2015)¹¹².

108 MIDITIERO, Daniel. **Precedentes : da persuasão à vinculação**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 84.

109 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 591.

110 idem, p. 590.

111 MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto Corte de Precedentes. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, *apud* MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. – 3^a ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 85.

112 THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JR, Clóvis Smith. **Precedentes judiciais**. – São Paulo : Saraiva Educação, 2021, p. 115.

Na realidade no Brasil não existe um sistema puro de precedentes, tendo em vista que o sistema brasileiro de precedentes tem sua estrutura objetivando a uniformização das jurisprudências. Com este cenário há duas possibilidades: dispensar o sistema brasileiro de precedentes, por não seguir a teoria e a técnica de precedente, como originalmente é entendido; sendo a segunda, a possibilidade de aproveitamento de todos os regramentos que o CPC/2015 trouxe, o qual teve como claro objetivo, a redução do volume de processos que chegam rotineiramente ao Poder Judiciário¹¹³.

Para Marinoni o julgamento colegiado que levará à formação de um precedente passa por algumas fases, quais sejam: o desenvolvimento de um raciocínio jurídico que tem como finalidade um resultado/decisão; o anúncio do resultado e a definição da *ratio decidendi*; e a formulação da justificativa da *ratio decidendi*, tendo tais fases como principal objetivo a resolução da lide, por isso a importância da definição das razões da decisão¹¹⁴.

Ademais, importa em um primeiro momento tecer alguns apontamentos a respeito da função mais atualizada dos tribunais superiores. Qual seja, a função de guarda da inteireza do ordenamento jurídico na esfera constitucional e da legislação federal¹¹⁵.

O Ministro Edson Fachin do Supremo Tribunal Federal foi relator do Recurso Extraordinário nº 655.265 e atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o papel de dar unidade e estabilidade ao direito, veja trecho do acórdão:

Ingresso na carreira da magistratura. Art. 93, I, CRFB. EC 45/2004. Triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em direito. Requisito de experimentação profissional. Momento da comprovação. Inscrição definitiva. Constitucionalidade da exigência. ADI 3.460. **Reafirmação do precedente pela suprema corte. Papel da corte de vértice. Unidade e estabilidade do direito. Vinculação aos seus precedentes. Stare decisis. Princípios da segurança jurídica e da isonomia.** Ausência dos requisitos de superação total (*overruling*) do precedente. (grifos nossos).¹¹⁶

113 Idem.

114 MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas : precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC.** – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 99.

115 THAMAY, Rennan. **Manual de direito processual civil.** 3. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, 1492-1493.

116 Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 655.265.** Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em

Os Órgãos Colegiados de hierarquia máxima do Poder Judiciário, qual seja, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, atuam de forma tríplice tendo em vista o desempenho da função *nomofilática*, a qual se destina à manutenção da técnica-jurídica e integridade positiva, conforme Pontes de Miranda; já a função *dikelógica* se destina à promoção da justiça nas decisões, garantindo a isonomia aos casos sob julgamento. Por derradeiro tem-se a função que assegura aos jurisdicionados a igualdade na norma legal e perante ela, sabendo-se que não poderia confiar somente à norma em abstrato o direito, mas atentando-se para o momento de aplicação da norma à lide¹¹⁷.

Assim, tendo em vista a função das Cortes de Precedentes, nos casos em que não há precedente formado por estas Cortes, a variação de decisões distintas sobre o mesmo tema será inevitável, daí a linguagem equivocada utilizada na construção do texto legal, sendo, portanto, imprescindível a especificação no artigo 926 para constar que o STJ e STF têm a obrigatoriedade garantir a unidade ao direito¹¹⁸.

Ainda quanto a busca pela unidade do direito através das funções das Cortes de Precedentes, Luiz Guilherme Marinoni e Bruno Dantas aduzem no seguinte sentido:

A partir da atuação dos tribunais superiores, ensejando a tutela do ordenamento jurídico, é que podemos vislumbrar o que a doutrina costuma nominar de função nomofilática. Mais modernamente, tem-se falado em nomofilaquia dialética ou tendencial, que consiste, segundo Bruno Dantas, na “persecução da unidade do direito, e não mais da lei, mediante a utilização de processos hermenêuticos que auxiliem na investigação da solução mais racional e afinada com preceitos constitucionais. Em outras palavras: utiliza-se um processo dialético para possibilitar ao juiz aferir, dentre as múltiplas interpretações possíveis, aquela que melhor equacione a lide. [...] A esse propósito, Luiz Guilherme Marinoni aponta que “há de se dar à Corte Suprema a função de outorga de unidade ao direito, vale dizer, a função de definição do sentido adequado do texto legal diante de

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4132332>. Acesso em 25 de agosto de 2021.

117 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes : natureza : eficácia : operacionalidade**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 134.

118 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 591.

determinadas circunstâncias de fato e num determinado momento histórico”¹¹⁹.

Aqui temos por delineada, portanto, uma importante função do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, a função nomofilática (em sua perspectiva contemporânea, isto é, segundo Bruno Dantas, acrescida do termo dialético ou tendencial). A função de, diante do emprego dos diversos métodos de hermenêutica, compreender a interpretação e aplicação correta de determinada regra, cláusula geral ou princípio, isso tanto no âmbito constitucional como no legal¹²⁰.

A percepção da função nomofilática não pode ocorrer de forma apartada. A divergência interpretativa tem um alcance muito abrangente, a exemplo tem-se a situação na qual há divergência de interpretação no âmbito doutrinário, o que pode não alcançar diretamente as decisões judiciais, no Poder Judiciário pode não está ocorrendo a mesma divergência, suas decisões podem estar indo em um mesmo sentido¹²¹.

Ainda neste sentido, a função nomofilática dos Tribunais Superiores é de elevada importância, devendo-se observar qual solução o ordenamento jurídico dá às situações idênticas. Noutras palavras, há de se atentar se os Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça e os Juízes de primeiro grau estão interpretando e aplicando da forma correta o ordenamento e julgando a mesma questão de forma uniforme¹²².

Com a ideia de que a norma é fruto da interpretação, surge também a ideia de que a decisão judicial não é tão somente um mecanismo de solução de conflitos, como também é desenvolvedora da unidade do direito. Chegando-se ao entendimento de que a

119 MARINONI, Luiz Guilherme, *apud* THAMAY, Rennan. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1494.

120 DANTAS, Bruno, *apud* THAMAY, Rennan. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1494.

121 THAMAY, Rennan. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1494-1495.

122 *idem*, p. 1495.

fundamentação usada nas decisões são componentes capazes de renovar os textos normativos¹²³.

E quanto à formação e aplicação da norma a partir da interpretação dada na decisão judicial Luiz Guilherme Marinoni conclui da seguinte forma:

Se as normas só existem a partir da interpretação, a ponto de se poder dizer que o respeito ao princípio da legalidade significa na verdade respeito à interpretação conferida à lei pelos órgãos institucionalmente a tanto encarregados, então quem quer que esteja preocupado em saber qual seu espaço de liberdade de ação e quais efeitos jurídicos são ligados às suas opções socioeconômicas (princípio da liberdade), preocupado em saber como deve fazer para aplicar o direito a partir da necessidade de que todos sejam efetivamente iguais perante a ordem jurídica (princípio da igualdade, isto é, *treat like cases alike*) e como tornar a interpretação e a aplicação do direito algo forjado nas fundações do princípio da segurança jurídica, não pode obviamente virar as costas para o problema da interpretação judicial do direito e dos precedentes daí oriundos. Fora daí o direito brasileiro corre o risco de se tornar um direito que não respeita a liberdade, a igualdade e a necessidade de segurança jurídica no tráfego jurídico¹²⁴.

Quanto à função de desenvolver o direito a doutrina é no seguinte sentido:

A Corte, se tem a função de desenvolver o direito, deve deixar absolutamente claro à sociedade as razões pelas quais as normas são expressas na *rationes decidendi* dos precedentes não contam com a adesão de todos os membros do colegiado. Isso também para que a dissensão se mantenha acesa e possa fomentar o debate na comunidade jurídica, especialmente na academia¹²⁵.

123 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 589.

124 Idem, p. 589.

125 WALDRON, Jeremy, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas : precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 29.

O dissenso, portanto, constitui uma marca que simboliza a divergência interna no órgão incumbido de finalizar o processo de produção do direito, algo que não pode ser confundido com a divergência peculiar aos julgadores das Cortes de Apelação¹²⁶.

Além disso, no caso de deslocamento do cerne da resolução do recurso para as razões que fundamentam a solução e a interpretação, não sendo apenas importante discutir as razões, mas também compreender se o entendimento dado pela maioria é suficientemente capaz de gerar um precedente¹²⁷.

Assim:

É possível que, num colegiado composto por cinco julgadores, existam três votos favoráveis ao provimento do recurso ou à fixação de determinada interpretação, mas apenas dois julgadores estejam de acordo em firmar determinado entendimento, capaz de ser expresso em razões determinantes. Isso só se torna problema quando se está diante da formulação do sentido do direito mediante precedente. Fora daí pouco importaria se a solução do caso fosse fruto da conjugação de dois ou mais fundamentos, incapazes de dar corpo a razões subscritas pela maioria¹²⁸.

Tudo isso quer dizer que a forma da participação dos julgadores e o modelo de julgamento, peculiares à Corte de correção, não podem ser repetidos numa Corte de Precedentes¹²⁹.

Na atualidade, a controvérsia liga-se também à função pública na definição do direito, os fundamentos apresentados pelas partes garantem o aprofundamento do tema a ser interpretado, influenciando diretamente na criação do precedente. O vigor dos debates que anteriormente era mais de interesse das partes, hoje é de fundamental importância para o exercício da função das Cortes de Precedentes¹³⁰.

¹²⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas : precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 29.

¹²⁷ idem, 2017, p. 28.

¹²⁸ idem, 2017, p. 29.

¹²⁹ idem, 2017, p. 29.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 292.

A possibilidade de participação e debates que inevitavelmente exerce influência sobre os recursos, tem por consequência a influência sobre os julgadores, os quais, em certa medida, são obrigados a atender as expectativas formadas a partir dos debates intensos. Cria-se o cenário, no qual o Ministro não é mais um mero ouvinte, decidindo sem responder as fundamentações das partes e de outros Ministros, mas sim um operador do direito que ao proferir decisão terá seus fundamentos postos em questionamento e em debate¹³¹.

A transformação do papel das Cortes Supremas de *civil law*, como é o caso do Brasil, tem influência sobre o formato de julgamento dos recursos e sobre o posicionamento dos julgadores. O formato de julgamento compenetrado em dar uma solução ao caso em julgamento estimava as teses apresentadas pelas partes interessadas¹³².

Assim, a maneira de decidir com base em precedentes, usando-os como argumentos, é um dos fundamentos das sistemáticas jurídicas anglo-saxônicas, inerentes a prática jurídica do common law. No entanto, isto não quer dizer que o sistema jurídico adotado no Brasil, tradicionalmente ligado à prática jurídica romano-germânica, a *civil law*, esteja caminhando para o common law. Muito longe disso, o que existe no Brasil é o início da formação de um sistema de decisões judiciais com fundamento em precedentes adequados às peculiaridades do sistema de *civil law*¹³³.

4. ACESSO À JUSTIÇA

art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, traz a o princípio da inafastabilidade da apreciação do poder judicial, o qual tem eficácia irrestrita no ordenamento jurídico processual. Há também a mesma previsão na legislação infraconstitucional, nos artigos 3º e 140 do CPC¹³⁴.

Diante dessas previsões, seria irrelevante se assegurar o acesso à justiça, se ao juiz não se atribuisse o dever de julgar a demanda, mesmo nos casos de lacuna

131 MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas : precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 28.

132 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 292.

133 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. – 3. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 425.

134 ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha Ferreira. **Direito Processual Civil**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 178.

legislativa¹³⁵. De igual modo, “é sabido que o custo e a lentidão do processo sempre foram obstáculos ao acesso à justiça. Nem todos podem enfrentar as suas despesas e suportar a sua demora”¹³⁶

Para a mais adequada compreensão a amplitude do art. 5º, XXXV da CRFB/88 faz necessário, antes, entender o grupo de direitos e garantias que formam o sistema constitucional no qual está inserido, tendo em vista que cada atitude deverá ser fundamentada pelo crivo da legalidade (art. 5º, II, da CRFB/88)¹³⁷.

Fazendo-se necessário harmonizar o princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário, em caso de lesão ou ameaça ao direito, com o princípio da legalidade, tendo em vista que o Poder Judiciário ao proferir qualquer decisão deverá fazê-la nos limites o ordenamento jurídico lhe oferecer¹³⁸.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça - como Cortes Supremas que são - devem dar unidade ao direito e não propriamente uniformizá-lo. Essas Cortes não devem repetir inúmeras e inúmeras vezes diante de milhares de casos concretos a mesma solução jurídica para uniformizar a aplicação do direito no nosso país. Devem dar unidade ao direito a partir da solução de casos que sirvam como precedentes para guiar a interpretação futura do direito pelos demais juízes que compõem o sistema encarregado de distribuir a justiça a fim de evitar dispersão do sistema jurídico. Nessa linha, uniformizar é tarefa das Cortes de Justiça, que têm o dever de controlar a justiça da decisão de todos os casos a elas dirigidos - o que obviamente inclui o dever de aplicação isonômica do direito¹³⁹.

Sendo inafastável o controle jurisdicional, o juiz exercerá sua função buscando a solução das lides com base na legislação dada pelo Estado nas jurisprudências e nos

135 *idem*.

136 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 140.

137 ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha Ferreira. **Direito Processual Civil**. 6. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 179.

138 *Idem*.

139 STF, RE nº 655.265/DF, Pleno, j. 13.04.2016, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. para Acórdão Min. Edson Fachin, DJe 04.08.2016 *apud* MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. - 3ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 87.

precedentes, assim, considerará como legítimas as condutas que a legislação assim o fizer, da mesma forma com as condutas tidas como ilegítimas pelo ordenamento jurídico¹⁴⁰.

Percebe-se que este princípio é direcionado ao cidadão e vincula o Poder Judiciário, que como consequência da garantia ao acesso à justiça – acesso ao Poder Judiciário e ver a demanda apreciada e resolvida – o qual tem por obrigação oferecer a tutela jurisdicional e o direito pleiteado¹⁴¹.

O acesso à justiça como direito fundamento deve ser entendido a difusão da justiça, a exemplo, não só nos mais simples, mas também nos quais o grau complexidade é elevada e que dizem respeito aos direitos, sendo tratados na mesma forma pelas autoridades julgadoras tratam outras demandas¹⁴².

Sendo a obediência aos precedentes fundamental para a aplicação do sistema jurisdicional de forma racional, o que consequentemente pode levar a uma imediata resolução da lide quando esta depender tão somente da aplicação de entendimento já proferido anteriormente pelas Cortes Supremas. Neste sentido, a obediência aos precedentes se constitui em elemento assegurador das garantias fundamentais e da eficiência da prestação jurisdicional¹⁴³.

5. CONCLUSÃO

Diante do estudo exposto, percebe-se a nítida distinção entre os termos “precedente” e “jurisprudência” a qual não é estabelecida de forma aleatória dentro do sistema processual, sendo que uma diz respeito às decisões reiterada dadas pelas cortes de justiça considerando os fatos dos casos concretos, de outra ponta têm-se o precedente pode ser entendido como a interpretação da norma federal ou constitucional dada pelo STF ou STJ com a finalidade de guardar a inteireza do direito.

O Código de Processo Civil de 2015 demonstra a preocupação do legislador em uniformizar e estabilizar os entendimentos as decisões judiciais, em especial, das Cortes

140 ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha Ferreira. **Direito Processual Civil**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 179.

141 THAMAY, Rennan. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 42.

142 ROQUE, Nathaly Campitelli. O direito fundamental ao acesso à justiça: muito além da celeridade processual. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo – Vol. 15, Nº 1, jan./abr. 2021, p. 6.

143 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 140.

Superiores acerca do direito, e conseqüentemente garantir aos jurisdicionados maior segurança jurídica e isonomia.

Ressaltou-se que dentro do sistema processual brasileiro há uma nítida distinção entre as cortes de precedentes e as cortes de justiça, haja vista que as Cortes de Justiça têm como função distribuir a justiça através da interpretação do texto de lei a luz do caso concreto, já as Cortes de Precedentes possuem a função de guarda da inteireza do ordenamento jurídico na esfera constitucional e federal, sendo o caso concreto para estas Cortes somente o meios pelo qual irão estabelecer a melhor interpretação das normas federais e constitucionais.

Ademais, abordou-se os aspectos que diferenciam o sistema brasileiro de precedentes do sistema precedente puro, haja vista as peculiaridades que o sistema brasileiro possui, há exemplo, tem-se o momento no qual nasce o precedente no sistema brasileiro, qual seja, assim que a decisão judicial passa a existir no mundo jurídico, já no sistema puro de precedentes o precedente nasce no momento em que uma mesma decisão anteriormente tomada aplicada em um caso idêntico futuro.

No mais, percebe-se também o desafio do respeito a alguns princípios e direitos constitucionais, como direito ao acesso à justiça e o princípio da legalidade, dada a linha tênue existente na operação e aplicação dos precedentes e jurisprudência dentro do sistema judicial brasileiro e o "malabarismo" entre a *civil law* e a *common law*.

Por fim, restou evidente que do sistema brasileiro de precedentes possui particularidades e pontas que precisam ser aprimoradas, no entanto, não se nega que tal sistema tem demonstrado interesse e abertura para uma lapidação que melhor ofereça a prestação jurisdicional aos jurisdicionados.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil : teoria geral do processo : processo de conhecimento : recursos : precedentes**. – 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha Ferreira. **Direito Processual Civil**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL, **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm . Acesso em 15 de agosto de 2021.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**; tradução Jeferson Luiz Camargo ; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. – 3. ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes : natureza : eficácia : operacionalidade**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas : precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIDITIERO, Daniel. **Precedentes : da persuasão à vinculação**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018.

ROQUE, Nathaly Campitelli. O direito fundamental ao acesso à justiça: muito além da celeridade processual. **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo – Vol. 15, Nº 1, jan./abr. 2021, p. 6.

Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 655.265**. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4132332>. Acesso em 25 de agosto de 2021.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo – Vol. 199, set.2011, p. 139.

THAMAY, Rennan. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; FROTA JR, Clóvis Smith. **Precedentes judiciais**. – São Paulo : Saraiva Educação, 2021.

DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA À ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DE DIREITO PRIVADO

MATHEUS SANTOS GONÇALVES:

Bacharelado em Direito na Faculdade Serra do Carmo (FASEC), Palmas/TO. Servidor público estadual. Interessado em assuntos sobre direito administrativo e direito público.

EDY CÉSAR DOS PASSOS JÚNIOR¹⁴⁴

(orientador)

RESUMO: O presente estudo, elaborado por intermédio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, possui a seguinte temática: Delegação do poder de polícia administrativa às entidades da administração indireta de direito privado. Seu objetivo geral consiste em compreender a mudança de posicionamento dos tribunais superiores sobre o assunto, bem como discorrer sobre a nova tese objetiva elaborada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 633782, ocorrida em 26 de outubro de 2020. O assunto rendia diversos entendimentos conflitantes, tanto por parte dos doutrinadores, quanto pela jurisprudência. Entretanto, o tribunal de forma inovadora reconheceu a constitucionalidade da delegação do poder de polícia às entidades administrativas com personalidade jurídica de direito privado, desde que preenchidos alguns requisitos.

PALAVRAS-CHAVE: Poder de polícia administrativa. Delegação. Administração pública.

ABSTRACT: The present study, elaborated through bibliographical research, has the following theme: Delegation of the administrative police power to indirect administration entities under private law. Its general objective is to understand the change in the position of the higher courts on the matter, as well as discuss the new objective thesis prepared by the Constitutional Court in the judgment of Extraordinary Appeal 633782, which occurred on October 23, 2020. The matter yielded several conflicting understandings, both by scholars and by jurisprudence. However, the court in an innovative way recognized the constitutionality of the delegation of police power to administrative entities with legal personality under private law, provided that certain requirements are met.

144 Bacharel em Direito, advogado, servidor público federal, Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins-UFT. Professor da Faculdade Serra do Carmo (FASEC).Palmas-TO. E-mail: prof.edyjuniior@fasec.edu.br

Keywords: Administrative police power. Delegation. Public administration.

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública por meio dos seus órgãos e agentes, está presente na vida cotidiana das pessoas de forma ininterrupta, seja por meio da regulação dos serviços públicos (água, energia, telecomunicações), do fornecimento propriamente dito do serviço público (seguridade social, segurança pública, saúde, transporte, educação) ou até mesmo da fiscalização (vigilância sanitária, agentes de trânsito, fiscal de posturas, alvarás, licenças, autorizações).

Legitimada perante os princípios do direito público, especialmente o da superioridade do interesse público, indisponibilidade da coisa pública e legalidade, possui prerrogativas, para consecução dos objetivos constitucionais, chamados de poderes. São estes, o poder regulamentar, hierárquico, disciplinar e poder de polícia administrativa.

Em linhas gerais, consistem em instrumentos desenvolvidos ao longo da história dos estados e governos, além da construção no campo teórico através dos doutrinadores, com a finalidade de promover a justiça social e o interesse da coletividade.

Por meio do presente artigo, pretende-se compreender a mudança de entendimento dos tribunais superiores sobre a delegação do poder de polícia administrativa, expor de forma breve a evolução da jurisprudência nos tribunais superiores sobre o tema e discorrer sobre a nova tese objetiva elaborada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 633782.

Até o julgamento do recurso citado, entendia-se, em via de regra, não ser passível a transferência do poder de polícia administrativa às entidades da administração indireta de direito privado (empresas estatais), por se tratar de atos de direito público, típicos de Estado.

Todavia, o STF por maioria absoluta, examinando o **tema 532** em sede de repercussão geral, no julgamento do RE 633782, ocorrido no dia 26 de outubro de 2020, concedeu à BHTrans (sociedade de economia mista que realiza o policiamento ostensivo na região de Belo Horizonte/MG) a prerrogativa de autuar e aplicar multas de trânsito, prerrogativa que a entidade havia perdido em 2009 em um recurso especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

A tese em questão, elaborada pelo Ministro relator Luiz Fux e aprovada pela maioria, foi a seguinte: "É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, às pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública indireta de

capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.”¹⁴⁵

Na ordem teórica, os entes políticos¹⁴⁶, por meio de lei ordinária, podem delegar o poder de polícia, às empresas estatais, desde que prestem serviço público típico do Estado, em regime de exclusividade. Na ordem prática, entidades como a BHTrans, responsável pela fiscalização do trânsito na capital mineira, poderão atuar e aplicar multas aos motoristas.

Ademais, insta mencionar que o pronunciamento definitivo do tribunal sobre o tema, ocorreu há pouco mais de 1 ano, portanto muito recente, e ainda sem muitos trabalhos sobre o tema, desta feita, o artigo poderá contribuir para o meio acadêmico, advocacia, estudantes de concurso público, estudiosos do direito administrativo e a comunidade em geral sobre as consequências positivas desse entendimento para a administração pública e administrados.

O artigo será dividido em 3 partes principais. O primeiro apresenta conceitos básicos sobre os poderes da administração pública e institutos relacionados. O segundo se atém ao poder de polícia expondo conceitos, características, atributos, ciclos e discorre sobre sua delegação. O terceiro realiza um breve levantamento histórico da jurisprudência do STF e STJ sobre a delegação do exercício do poder de polícia e por fim discorre sobre a nova tese jurídica apresentada no RE 633782.

Quanto a metodologia, no trabalho foi empregado procedimentos de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, através da consulta aos manuais de direito administrativo, artigos científicos, legislações e jurisprudência.

2 PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo Di Pietro (2019, pg 280), “poderes são inerentes à Administração Pública¹⁴⁷ pois, sem eles, ela não conseguiria fazer sobrepor-se a vontade da lei à vontade

145 (RE 633782, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-279 DIVULG 24-11-2020 PUBLIC 25-11-2020).

146 União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios.

147 Art. 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666/93, lei geral de licitações e contratos administrativas. Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas.

individual, o interesse público ao interesse privado.” Tais prerrogativas decorrem do regime jurídico a qual a administração está sujeita, juntamente dos princípios basilares e devem ser exercidos nos limites da lei, por autoridades administrativas.

Atualmente tem-se adotado, a ideia de poder-dever, visto que inadequado pensar em faculdade quando na aplicação dos poderes. Desse modo, são irrenunciáveis e indisponíveis. Destaca-se a previsão legal na Lei nº 9.784/99 (regulamenta o processo administrativo no âmbito federal), em seu Art. 2º-Parágrafo único, inciso II, nos seguintes termos:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

II - atendimento a fins de interesse geral, **vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; (grifos nossos).**

Há pontual divergência na doutrina, se a discricionariedade e vinculação são poderes autônomos como os demais. Dessa forma, a professora Di Pietro (2019, pág. 280), dispõe: “quanto aos chamados poderes discricionário e vinculado, não existem como poderes autônomos; a discricionariedade e a vinculação são, quando muito, atributos de outros poderes ou competências da Administração.”

Assim, a discricionariedade e vinculação não devem ser destacadas como um poder autônomo, podendo ser observada claramente nos demais poderes, nos atos administrativos e atos diversos do gestor público.

Também, considerando que a administração pública somente pode fazer o que está previsto na lei (princípio da legalidade), a contrário senso, o particular pode fazer tudo desde que não seja proibido, pode acontecer de a autoridade extrapolar na prática dos seus atos, podendo ser responsabilizado e o respectivo ato ser invalidado.

Assim, pode ocorrer o chamado **abuso de poder**, decorrente de conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, sendo dividido em duas espécies. **Excesso de poder**

quando o servidor público pratica o ato para o qual não tinha competência legal, sendo o ato nulo¹⁴⁸.

Já o **desvio de finalidade**¹⁴⁹ ou **desvio de poder** se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. Também o ato será nulo, visto que o requisito do ato administrativo, finalidade, não cabe convalidação.

A doutrina enumera os seguintes poderes propriamente ditos: poder disciplinar, regulamentar, hierárquico e poder de polícia, na qual passaremos a discorrer logo abaixo.

2. 1 PODER DISCIPLINAR

Consiste na prerrogativa de apurar infrações/transgressões administrativas e aplicar penalidades aos servidores públicos e terceiros sujeitos a disciplina administrativa.

Além dos agentes públicos, o particular também pode sofrer sanções administrativas. Tomemos como exemplo um contrato administrativo firmado com a finalidade de construção de um prédio, caso a empresa descumpra as cláusulas pactuadas, poderá ser aplicada multa, respeitados o processo administrativo e garantia da ampla defesa e contraditório. Tal medida está prevista na lei geral de licitações e contratos administrativos, Lei nº 8.666/93.

Quando diverso do servidor público, para a aplicação de sanção a terceiros, deve existir uma **relação jurídica prévia**, em caso diverso, o máximo que poderá restar caracterizado é o poder de polícia.

É mais comum observamos a apuração de infrações administrativas nos servidores investidos em cargos públicos, vinculados a um estatuto jurídico, na qual prescreve uma série de deveres, proibições e penalidades, denominado regime disciplinar.

A Lei nº 8.112/90, dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, prevê no Art. 121, "O servidor responde civil, penal e **administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.**" Mais adiante enumera as penalidades possíveis de aplicação em seu Art. 127, "São penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação

148 Art. 2º, Parágrafo único, da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação popular): Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou.

¹⁴⁹ Art. 2º, Parágrafo único, alínea "e" da Lei nº 4.717/1965.

de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada.”

Para a administração aplicar qualquer penalidade seja para o agente público ou terceiros, há de ser respeitado as garantias constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, celeridade processual, vedação a provas ilícitas, direito de recurso, entre outros, sob pena de nulidade e responsabilização.

2.2 PODER HIERÁRQUICO

Este poder-dever, está relacionado a **coordenação e subordinação** entre órgãos e agentes na administração pública, ou seja, na organização administrativa, sendo baseado em dois fundamentos: a distribuição de competência e a hierarquia.

É facilmente observado na organização do poder executivo, por meio das várias secretarias de estado, cada uma responsável por determinados assuntos. E dentro desta, há distribuição de competências entre núcleos, setores, gerências, departamentos, diretorias, superintendências, todos com uma coordenação e subordinação preestabelecida.

Decorrente desse instituto, transparece algumas obrigações, conforme destacados nos ensinamentos da doutrinadora Di Pietro (2019, pág. 290):

“o de editar atos normativos (resoluções, portarias, instruções), com o objetivo de ordenar a atuação dos órgãos subordinados; trata-se de atos normativos de efeitos apenas internos; o de dar ordens aos subordinados, que implica o dever de obediência, para estes últimos, salvo para as ordens manifestamente ilegais; o de controlar a atividade dos órgãos inferiores, para verificar a legalidade de seus atos e o cumprimento de suas obrigações, podendo anular os atos ilegais ou revogar os inconvenientes ou inoportunos, seja *ex officio*, seja mediante provocação dos interessados, por meio de recursos hierárquicos; o de aplicar sanções em caso de infrações disciplinares; o de avocar atribuições, desde que estas não sejam da competência exclusiva do órgão subordinado; o de delegar atribuições que não lhe sejam privativas.”

2.3 PODER NORMATIVO

Corresponde à produção de atos com efeitos gerais e abstratos, realizados pela administração pública. A expressão poder normativa é mais ampla que poder

regulamentar, sendo esta associada a atribuição do chefe do poder executivo de expedir e publicar decretos regulamentares, para execução correta das leis.

Está previsto na Constituição Federal, no Art. 84, inciso IV: “Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, **bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.**”

Tem natureza de ato secundário, pois não decorre do processo legislativo¹⁵⁰, não constituindo produto capaz de inovar na ordem jurídica, criar obrigações, direitos, sanções, serve precipuamente para complementar a lei, com o fim de sua fiel execução.

Ademais no mesmo artigo, a Carta Maior, traz espécie diversa de ato, cabível ao chefe do poder executivo. Vejamos:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

Já esse decreto, chamado de **independente ou autônomo**, apesar de não estar contido no Art. 59, da CF, tem natureza originária. Segundo Di Pietro (2019): “O regulamento autônomo ou independente inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia.”

Além desses, o poder normativo pode ser observado por meio de resoluções, portarias, deliberações, regimento internos, instruções, etc. Repare que o artigo 87, parágrafo único, inciso II, da CF/88 confere aos Ministros de Estado competência para “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”.

Por fim, relevante destacar que na hipótese de o Presidente da República extrapolar os limites do poder regulamentar incorrendo em abuso de poder mediante

¹⁵⁰ Art. 59 da CF. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

excesso, cabe ao poder legislativo por meio do Congresso Nacional sustar os atos ilegais, nos termos do Art. 49, inciso V da CF/88151.

3. PODER DE POLÍCIA

No ordenamento pátrio o conceito legal do poder de polícia está contido no artigo 78 do Código Tributário Nacional, ao explicitar sobre o fato gerador do tributo denominado taxa, nos seguintes termos:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

Em linhas gerais, consiste na atividade exercida pela administração que limita e relativiza direitos e interesses pessoais disponíveis (liberdade e propriedade) em favor do interesse público ou coletivo, impondo obrigações de não fazer (regra geral), fundamentado no princípio da supremacia do interesse público (*ius imperii*) e princípio da legalidade.

É comum as pessoas associarem o poder de polícia com os órgãos de segurança pública. Diante disso, relevante esclarecer as diferenças entre polícia administrativa e polícia judiciária.

Polícia administrativa, em via de regra, atua antes da infração ocorrer, para evitá-la, submetendo-se às regras e princípios do Direito Administrativo, sendo voltada para a atividade das pessoas. Desta forma, tem natureza eminentemente preventiva. No Brasil, essa polícia é associada a modalidade de policiamento ostensivo, sendo desempenha pelo IBAMA, ICMBio, Polícia Ambiental, Fiscal de Posturas e Obras (no âmbito municipal) e Polícia Militar.

A **polícia judiciária** tem natureza **repressiva**, voltada as pessoas, atuando depois da ocorrência do delito, com a finalidade de apurar a autoria, materialidade e circunstâncias

151 Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

de uma infração penal. Está sujeita as regras e princípios do Direito Processual Penal. Nesse aspecto, temos a Polícia Federal e Polícia Civil.

Diante disso, o exercício do poder de polícia administrativa não é exclusivo dos órgãos de segurança pública insculpidos no Art. 144152, da CF, não se confundindo com segurança pública, a quem, sua promoção, aí sim, é exclusiva dos órgãos policiais.

Adiante, levando em consideração a teoria do doutrinador Diogo de Figueiredo Moreira Neto a atividade do poder em polícia pode ser compreendida em **ciclos**, sendo 1^a- ordem, 2^a- consentimento, 3^a- fiscalização e 4^a- sanção.

As ordens decorrem de atos normativos de caráter abstrato, genérico e impessoal, prevendo obrigações de não fazer e, excepcionalmente, obrigações de fazer. Em relação ao segundo ciclo, José Dos Santos Carvalho Filho:

“Os consentimentos representam a resposta positiva da Administração Pública aos pedidos formulados por indivíduos interessados em exercer determinada atividade, que dependa do referido consentimento para ser considerada legítima. Aqui a Polícia Administrativa resulta da verificação que **fazem** os órgãos competentes sobre a existência ou inexistência de normas restritivas e condicionadoras, relativas à atividade pretendida pelo administrado. Ele pode se corporificar por meio de autorização e permissão” (Manual de Direito Administrativo, 2014, pg. 85).

O terceiro ciclo deve-se à possibilidade de os entes estatais controlarem as atividades submetidas ao poder de polícia para verificar o seu cumprimento, podendo para o efeito recorrer a fiscalizações, análise documental, vistorias, inspeções etc. Basicamente, resume a uma análise de conformidade às normas.

Por fim, a atuação da polícia administrativa pode levar à imposição de penalidades, no caso de violação das regras impostas pelo Estado (multas, advertência, suspensões de atividades, cassação de alvarás, demolição de obras e embargos). Neste aspecto incide

152 Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

princípios basilares do direito administrativo, tais como a proporcionalidade e razoabilidade, perfazendo em efetivos limites¹⁵³ da discricionariedade.

Costuma-se apontar na doutrina clássica como atributos do poder de polícia a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade.

A discricionariedade é o espaço de liberdade que a lei autoriza, seja por expressa previsão legal ou por sua omissão, ao gestor público para que ele, mediante critérios de oportunidade e conveniência (mérito administrativo), possa dentre as várias alternativas previstas, escolher a mais adequada ao caso concreto.

Autoexecutoriedade é a capacidade da administração, utilizando dos próprios meios legais, executar atos, sem consulta prévia ao poder judiciário. Coercibilidade consiste na possibilidade da utilização de medidas coativas quando, na situação concreta, o particular resiste. A professora Di Pietro representando corrente minoritária acrescenta o atributo da indelegabilidade na qual aprofundarei mais adiante.

Outra característica é que o exercício de tal poder-dever não gera dever de indenizar, pelo fato de atingir a todos, ser genérico e abstrato, ao contrário dos atos de efeitos concretos. Desse modo, via de regra, não causa danos a pessoas determinadas que possam ocasionar em obrigação de indenizar. Ademais, o direito de ação de perdas e danos contra a Administração prescreve¹⁵⁴ em cinco anos, comportando interrupção e suspensão, nos termos do Código de Processo Civil.

3.1 (IN) DELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA

É sobressalente na doutrina clássica o entendimento de que o poder de polícia é intransferível, pois se trata de manifestação do **poder de império** (*ius imperii*) do Estado, fundamentado na superioridade do interesse público sobre o privado. Dito isso, inviável a delegação de tal prerrogativa a particulares que se relacionam no aspecto jurídico imbuído do princípio da igualdade.

153 Art. 78, Parágrafo único, do CTN. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

154 Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem. DECRETO Nº 20.910, DE 6 DE JANEIRO DE 1932.

Nesse ritmo o ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p.863-865) destaca que a "*restrição à atribuição de atos de polícia a particulares*" estaria fundamentada no "*corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade*".

Sobre o tema, observemos o Art. 4º, inciso III, da Lei Nº 11.079/2004, que estabelece normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada na administração pública, "na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: – **indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado**". (grifos nossos).

Outro argumento dentro da doutrina clássica, se alinha a teoria do Estado, ao discorrer que o monopólio da violência cabe exclusivamente a determinadas autoridades públicas. Na própria caracterização do poder de polícia há existência da coercibilidade, como meio de fazer cumprir as determinações legais, com a implementação de uma série de formas de coação, tudo isso, justificado na supremacia do interesse público.

Nessa esteira, fica impedido que entidades da administração indireta de direito privado apliquem sanções em outros particulares, pois tal prerrogativa consiste em atividade típica de estado, podendo ser desvirtuada sob o pretexto de lucro, restando em contrariedade com os critérios de igualdade presentes nas relações jurídicas entre particulares.

Diante desse ambiente, a delegação nasce, como técnica organizacional de transferência de atribuições públicas a destinatários diversos daqueles dotados das competências originárias. Isso com a finalidade precípua de atender ao princípio da eficiência na atuação da Administração Pública. A lei de processo administrativo federal (Lei nº 9.874/99), trata sobre o tema em seu Art. 12, da seguinte forma:

"Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver **impedimento** legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, **quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.**"(grifos nossos).

Além disso, ao contrário das ideias da doutrina e jurisprudência clássica, o professor Alexandre Mazza (2020) inova da seguinte forma:

"é possível delegar a particulares **atividades materiais preparatórias** ao exercício do poder de polícia, já que elas não

realizam a fiscalização em si, mas apenas servem de apoio instrumental para que o Estado desempenhe privativamente o poder de polícia. Exemplos: empresa privada que instala radares fotográficos para apoiar na fiscalização do trânsito e manutenção de presídios administrados pela iniciativa privada. Nos dois casos, o particular realiza atividades materiais secundárias, permitindo que o Estado exerça a fiscalização propriamente dita.”

Assim, seria possível a delegação das atividades de consentimento e fiscalização para pessoas com personalidade de direito privado, desde que essas atividades servirem indiretamente para a atuação da Administração.

Por fim, considerando a teoria funcional do poder de polícia em ciclos, especialmente sobre a 1º fase, a ordem de polícia, esta possui caráter **absolutamente** indelegável, em razão de tratar-se da **função legislativa¹⁵⁵**, ao criar obrigações de não fazer (via de regra), por meio de normas.

4. BREVE HISTÓRICO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE A (IN) DELEGABILIDADE DO PODER DE POLÍCIA

Sobre o assunto há embate de teses jurídicas tanto pelos tribunais, quanto pelos doutrinadores, resultando em um assunto espinhoso do direito administrativo. Neste cenário, o STF permaneceu por muitos anos alinhado a doutrina clássica, ao contrário do STJ que observando a teoria do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, de forma inovadora permitiu a execução das etapas de consentimento e fiscalização para entidades indiretas da administração pública com personalidade jurídica de direito privado. Entretanto vedou tal concessão na fase de sanção. Diante do exposto, foi realizado breve histórico da jurisprudência sobre o tema.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, por meio da **ADIn 1.717-6/DF**, julgada em 7 de Novembro de 2002, tendo como relator o Min. Sydney Sanches, restou firmada a tese que o poder de polícia só pode ser delegado a pessoas jurídicas de direito público (autarquias), e não a pessoas jurídicas de direito privado.

A controvérsia se delineava sobre o art. 58 da Lei nº 9.649/1998, na qual alterava a natureza jurídica dos conselhos de classe, passando a atribuir a entidades (pessoas jurídicas) de direito privado os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas.

¹⁵⁵ Constituição Federal, Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Assim, temos que é função exclusiva e tipicamente do Poder legislativo, não podendo os demais usurpar dessas funções.

Provocado o STF declarou inconstitucional o *caput* do artigo citado e seus parágrafos, vez que não harmonizava com a natureza das atribuições dos conselhos de classe, que permaneciam legalmente investidos dos poderes de tributação e de polícia, concernente ao desempenho de atividades profissionais regulamentadas em lei.

Vejamos excerto da ementa do julgado:

“Com efeito, **não parece possível**, a um primeiro exame, **em face do ordenamento constitucional**, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da C.F., **a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais.**

5. Precedentes: M.S. nº 22.643.

6. Também está presente o requisito do „periculum in mora “, pois a ruptura do sistema atual e a implantação do novo, trazido pela Lei impugnada, pode acarretar graves transtornos à Administração Pública e ao próprio exercício das profissões regulamentadas, em face do ordenamento constitucional em vigor.

7. Ação prejudicada, quanto ao parágrafo 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998. 8. Medida cautelar deferida, por maioria de votos, para suspensão da eficácia do „caput “e demais parágrafos do mesmo artigo, até o julgamento final da Ação.” (ADIN 1.717-6/DF – DJ 25.02.00).

Para ilustrar o posicionamento solidificado, à época, do STF sobre o tema, onde se coadunava até o ano de 2020 com a doutrina clássica que sustentava a vedação a delegação do poder de polícia, destaca a **ADI nº 2.310/DF**.

A demanda judicial foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) com pedido de liminar para suspender determinados artigos da Lei nº 9.896, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a administração e organização de recursos humanos das Agências Reguladoras. Entretanto, a demanda foi extinta posteriormente em razão da perda do objeto.

O mérito repousava sobre a inconstitucionalidade na criação de empregos públicos regidos pela CLT no âmbito das agências reguladoras (autarquias especiais), visto que as atribuições das autarquias especiais são atividades típicas de Estado, como a fiscalização, não podendo ser exercida por empregados.

Assim, o Ministro Marco Aurélio concedeu liminar na ADI, *ad referendum* do Plenário do STF, manifestando oposição à inserção de servidores efetivos no regime celetista:

“prescindir, no caso, da ocupação de cargos públicos, com os direitos e garantias a eles inerentes, é adotar flexibilidade incompatível com a natureza dos serviços a serem prestados, igualizando os servidores das agências a prestadores de serviços subalternos, dos quais não se exige, até mesmo, escolaridade maior, como são serventes, artífices, mecanógrafos, entre outros. Atente-se para a espécie. Está-se diante de atividade na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal.” (Supremo Tribunal Federal. ADI 2.310 MC. Rel. Min. Marco Aurélio, posteriormente Min. Carlos Velloso, j. em 19/12/2000, DJ 01/02/2001)

Adiante, considerando a teoria funcional do poder de polícia do doutrinador Diogo de Figueiredo Moreira Neto, na qual desdobra-o em ciclos ou fases, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu relevantes julgamentos.

Ressalta o **REsp 817.534/MG**, envolvendo a Empresa de Transporte e Trânsito de Belo Horizonte (BHTrans), julgado em 10/11/2009, na 2ª Turma do Tribunal, consistindo a controvérsia na possibilidade de a sociedade de economia mista aplicar multas/sanções aos motoristas. Ao fim, ficou definido pelo relator Min. Mauro Campbell Marques que:

“3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção.

4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção).

5. Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público.

6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação.

7. Recurso especial provido.”

(STJ, REsp 817.534/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 10/11/2009, DJe 10/12/2009) (sem grifos no original)

Assim, ficou estabelecido que a BHTRANS, por ter natureza de sociedade de economia híbrida, pessoa jurídica de direito privado, não poderia autuar e nem aplicar sanções diretamente aos motoristas, em razão da impossibilidade do exercício da função sancionatória do poder de polícia. Podendo apenas exercer a atividade de policiamento de trânsito no município.

5. DELEGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA NO RE 633782

O Supremo Tribunal Federal, no dia 23 de outubro de 2020, por maioria dos ministros, examinando o tema 532 em sede de repercussão geral, concedeu a BHTrans a prerrogativa de aplicar multas aos motoristas na capital mineira, na qual havia perdido há 11 anos no através do REsp 817.534 .Decisão foi emanada no julgamento do RE 633782, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, com voto favorável ao recurso da entidade. A tese definida foi:

“É constitucional a delegação do poder de polícia, por meio de lei, às pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público que prestem exclusivamente serviço público de atuação própria do Estado e em regime não concorrencial.”

O litígio teve sua origem no ano de 2004, quando um representante do ministério público de Minas Gerais ajuizou ação civil pública questionando a aplicação de penalidades pela BHTrans.

A ação foi julgada perante o Juízo da Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte e a demanda quedou-se improcedente para o *parquet*, sendo mantida as atividades da entidade. Após dois anos, exatamente em fevereiro de 2006, o referido representante do

MP ajuizou novas ações judiciais no TRF-1 e no STJ em sede de recurso especial contra acórdão proferido pelo TJ/MG. Foi derrotado no primeiro, porém conseguiu acórdão procedente no plano central na Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 817.534).

Assim, foi interposto o Recurso Extraordinário, pela BHTrans em face do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, argumentando que o pronunciamento judicial recorrido transgredia os artigos 5º, XXXV; 30, I; 37, *caput* e XIX; 93, IX; e 175, todos da Constituição Federal. O fato controvertido consistia no exame da constitucionalidade da delegação do exercício de poder de polícia a pessoas jurídicas de natureza privada integrantes da Administração Pública indireta, especialmente as S.A.

Para chegar a esse entendimento o relator realizou aprofundado estudo sobre o regime aplicado as empresas denominadas estatais, isto é, empresas públicas e sociedades de economia mista. No sentido de reconhecer que essas entidades, quando prestadoras de serviço público em regime não concorrencial, apresenta natureza de **regime jurídico híbrido**, ou seja, apesar de serem pessoas jurídicas com personalidade de direito privada, há em muitos momentos uma derrogação parcial do direito privado pelo direito público, sendo estendido àquelas prerrogativas e sujeições da Fazenda Pública.

Nessa esteira, o STF já havia julgado na Tese de Repercussão Geral 253, que **"sociedades de economia mista que desenvolvem atividade econômica em regime concorrencial não se beneficiam do regime de precatórios, previsto no art. 100 da Constituição da República."** (STF, Plenário, RE 599628, Rel. Min. Ayres Britto, Redator p/acórdão Min. Joaquim Barbosa, julgado em 25/5/2011).

O posicionamento da Corte Constitucional foi reconfirmado no julgamento ADPF 387, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em que restou assentada no item 4 da ementa a disposição, no sentido de que **"é aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial"**.

Também, no RE 229.696, o STF igualou a EBCT à Fazenda Pública, reconhecendo a garantia da impenhorabilidade aos seus bens, rendas e serviços, característica peculiar inerente aos bens públicos, que não estão sujeitos também a usucapião.

Ademais, apreciando a controvérsia do RE 658.570, a Corte decidiu pela constitucionalidade do exercício do poder de polícia pelas guardas municipais, inclusive com a possibilidade de aplicação de sanções administrativas previstas em lei, fixando tese em repercussão geral, nos seguintes termos: **"é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas"**. (STF, RE 658570, repercussão geral,

Relator Min. Marco Aurélio, Redator para acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 6/8/2015)

Tal fenômeno foi bem observado na jurisprudência pelo doutrinador Gustavo Binenbojm, denominando-o de "*autarquização das empresas estatais prestadoras de serviço públicos*" ou "*feições autárquicas*". Sobre o assunto, Gustavo Binenbojm, em seu livro *Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo* ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 273, discorre:

"A despeito de sua natureza jurídica de direito privado, isso não é obstáculo per se a que elas exerçam certos atos e funções que um dia foram tidos como exclusivos do Estado. Tanto assim que se reconhece com certa tranquilidade, que as empresas estatais praticam atos de império no âmbito de licitações e concursos públicos, por imperativo do art. 37, II e XXI, da Constituição de 1988. Se as estatais se sujeitam ao regime jurídico de seleção de pessoal e de fornecedores, faz sentido que elas exerçam algum nível de autoridade. O processo licitatório e os atos relativos ao concurso público são tipicamente de Estado e aproximam-se da sua lógica de império. Daí se reconhecer, inclusive, o cabimento de mandado de segurança contra atos de autoridade praticados por empresas estatais."

Avançando, o excerto "**regime não concorrencial**", quer dizer que a entidade opera e executa suas atividades com exclusividade, em verdadeiro monopólio. Para exemplificar, tomemos a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), a quem a Carta Política¹⁵⁶ concedeu regime de exploração exclusivo¹⁵⁷.

Outro ponto insuperável, é que a delegação do *power police*¹⁵⁸ a uma estatal também depende da edição de lei formal, ou seja, lei sem sentido estrito, isto é, lei ordinária decorrente do processo legislativo. No caso objeto de estudo, a Lei Municipal 5.953/91 permitiu a instituição da BHTrans com o escopo de operar e executar os serviços de trânsito

¹⁵⁶ Art. 21. Compete à União: X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

¹⁵⁷ Art. 2º - O serviço postal e o serviço de telegrama são explorados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações. LEI Nº 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978.

¹⁵⁸ Expressão oriunda da doutrina norte-americana. Lá a expressão refere-se a outros aspectos, sendo diferente da conceituação adotada no Brasil, no sentido de limitar direitos.

na cidade de Belo Horizonte, conforme disposição no art. 24 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), em sede de competência local dos municípios, na esteira das linhas do art. 30 da Constituição Federal.

Nesse quesito, José dos Santos Carvalho Filho repercute a indispensabilidade de tal requisito, *verbis* (Manual de Direito Administrativo. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 82):

"Indispensável (...) para a validade dessa atuação é que a delegação seja feita por lei formal, originária da função regular do Legislativo. Observe-se que a existência da lei é o pressuposto de validade da polícia administrativa exercida pela própria Administração Direta e, desse modo, nada obstará que servisse também como respaldo da atuação de entidades paraestatais, mesmo que elas sejam dotadas de personalidade jurídica de direito privado. O que importa, repita-se, é que haja expressa delegação na lei pertinente e que o delegatário seja entidade integrante da Administração Pública."

Outro ponto, que não se pode olvidar, é sobre a administração pública indireta, composta pelas autarquias, fundações públicas, sociedade de economia mista e empresa pública. Vamos tratar especialmente das duas últimas, atinentes ao objeto de estudo.

De acordo com Di Pietro (2019, pg 984) **sociedade de economia mista:**

"é pessoa jurídica de direito privado, em que há conjugação de capital público e privado, participação do Poder Público na gestão e organização sob forma de sociedade anônima, com as derrogações estabelecidas pelo direito público e pela própria lei das S.A. (Lei nº 6.404, de 15-12-76); executa atividades econômicas, algumas delas próprias da iniciativa privada (com sujeição ao art. 173 da Constituição) e outras assumidas pelo Estado como serviços públicos (com sujeição ao art. 175 da Constituição). A **empresa pública** é pessoa jurídica de direito privado com capital inteiramente público (com possibilidade de participação das entidades da Administração Indireta) e organização sob qualquer das formas admitidas em direito.

A base jurídica está contida na Constituição Federal no Art. 37, Inciso XIX, "somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação".

No caso da autarquia, a própria lei cria a entidade, podendo perfeitamente trazer a possibilidade de criação de subsidiária e tratamento dos bens em caso de extinção, devendo ser uma lei específica sobre o assunto e apesar de não deixar claro, o tipo de lei adotado será a lei ordinária. Já no caso das demais, a lei autoriza a criação, sendo que o nascimento jurídico da entidade administrativa se dá com registro do ato constitutivo, nos termos do Código Civil¹⁵⁹.

Imperioso destacar, o princípio da especialidade previsto na doutrina, que trata sobre a administração pública indireta, ligado a ideia de descentralização, ou seja, um dos meios de organização da administração. Ocorre quando o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas e as transfere a execução e/ou titularidade de determinados serviços públicos, por meio de contratos administrativos e/ou leis.

Noutra esteira, apesar de haver autonomia e não está vinculada de forma hierárquica a Administração Direta, tais entidades podem sofrer supervisão ministerial e controle finalístico, nos limites legais. Elas são criadas, para operarem em regime diverso do regime público, em razão da flexibilidade, com a finalidade de desempenharem de forma descentralizada, atividades típicas do estado, serviços públicos¹⁶⁰, ou mesmo, explorarem atividade econômica¹⁶¹.

Na tese desenvolvida pelo relator e aprovada por maioria, há a seguinte expressão, **“integrantes da Administração Pública indireta de capital social majoritariamente público”** dando a entender, *in casu*, o enquadramento apenas das sociedades de economia mista. Entretanto, tal entendimento, não é o mais adequado, visto que restritivo, sendo viável juridicamente que empresas públicas, cujo capital social é totalmente deito pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, que desempenham serviço público em regime de exclusividade, utilizem do poder de polícia, pois os dois tipos de entidades, se submetem ao mesmo regime jurídico híbrido.

159 Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

160 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. CF/88.

161 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. CF/88.

A delegação, somente se faz válida e capaz de produzir efeitos no ordenamento, quando realizada por meio de lei. No caso de Minas Gerais, se deu por meio da Lei Municipal 5.953/1991, que previu em seu Art. 2º:

“Art. 2º A BHTRANS terá por finalidade planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, delegar e controlar a prestação de serviços públicos relativos a transporte coletivo e individual de passageiros, tráfego, trânsito e sistema viário, respeitadas a legislação federal e a estadual pertinentes, bem como o planejamento urbano do Município.”

Depreende-se que a lei será ordinária, visto que, esta tem caráter residual, ao contrário da lei complementar, que é reservada a assuntos específicos previamente estipulados pelo poder constituinte originário, exigindo-se quórum qualificado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder de polícia está presente na vida cotidiana das pessoas, fundamentado no contrato social previamente estabelecido entre a sociedade para a instituição do Estado, tem o escopo de preservar as relações entre as pessoas, de forma harmoniosa e pacífica, promovendo a paz social.

Nesse sentido, a administração ao exercê-lo limita direitos e interesses individuais, especialmente relacionados a liberdade e propriedade, obrigando-nos mediante obrigações negativas nos mais diversos setores, como a segurança, meio ambiente, uso dos logradouros e espaços públicos, higiene, mercado comercial.

Há muito, entedia-se na doutrina e jurisprudência pela impossibilidade absoluta de particulares desempenhar tais prerrogativas. Entretanto, com o aperfeiçoamento e inovação da doutrina, bem como dos gestores públicos que cada vez lançam mão da iniciativa privada e da descentralização das atividades estatais, em prol da qualidade, tecnicidade, especialidade, flexibilidade, desburocratização, acabou tornando-se prática corriqueira nos órgãos públicos, exigindo adequação do ordenamento pátrio e do entendimento dos tribunais.

É cada vez mais comum a execução de atividades materiais preparatórias por particulares, geralmente por meio de contratos administrativos de prestação de serviços, nas mais diversas áreas do setor público, inclusive sensíveis, como o processamento de dados, segurança pública, trânsito, logística.

A expertise e as técnicas implementadas por pessoas jurídicas privadas, sob regime de delegação, seja através de lei ou contrato administrativo, permite a atuação da

administração de forma mais acertada, sempre com o fim único de promover o bem coletivo.

Percebe-se sem grande esforço, o instituto jurídico denominado pela doutrina de "*autarquização das empresas estatais prestadoras de serviço públicos*" ou "*feições autárquicas*"; por meio de vários julgados dos tribunais ao longo dos anos, perfazendo na derrogação parcial do regime de direito privado aplicado as empresas estatais, instituindo desse modo, um regime jurídico híbrido. Ressalto, que tal desdobramento somente ocorre nas entidades administrativas que executem serviço público em regime de monopólio.

Desse modo, na esteira de tribunais estaduais que já vinham estabelecendo precedentes, adotando aspectos de inovação na doutrina, sobre a possibilidade de delegação do poder de polícia a entidades da administração indireta de direito privado, que executem serviços públicos de forma exclusiva, o STF através da nova tese, assentou o impasse que existia nas fazendas públicas, entre os tribunais e especialmente entre os doutrinadores. A decisão atente aos princípios do direito administrativo, especialmente o da eficiência, qualidade no serviço público, do dever da boa administração, da segurança jurídica e da legalidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.717**. Rel. Min. Sydney Sanches, PLENÁRIO, j. em 07/11/2002, DJ 18/11/2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.310 MC**. Rel. Min. Marco Aurélio, posteriormente Min. Carlos Velloso, j. em 19/12/200, DJ 01/02/2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 817.534/MG**, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, SEGUNDA TURMA, DJe 10/12/2009

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE 662.186**, Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. em 22/03/2012, DJe 13/09/2012, p. 4.

BINENBOJM, Gustavo. ***Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador***. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 273.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27 ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 280.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p. 97-98.

FONSECA, Gabriel Campos Soares d., GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **É constitucional a delegação do poder de polícia a particulares?**. Revista Consultor Jurídico, 31 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-31/constitucional-delegacao-poder-policia-particulares>. Acesso em: 21 de novembro de 2021.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. v. 1. 661p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.863-865.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 128-129.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 444.

TEIXEIRA, Flávio Germano de S. TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena. **Reviravolta na delegação do poder de polícia às entidades administrativas de direito privado**. Migalhas. 12 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/336286/reviravolta-na-delegacao-do-poder-de-policia-as-entidades-administrativas-de-direito-privado>. Acesso em: 21 de novembro de 2021.

A VIOLAÇÃO DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

FRANCISCO GUSTAVO ALVES ARAÚJO:

Discente do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário UNIFACID.¹⁶²

RESUMO: O presente estudo apresenta como objetivo promover uma discussão voltada para o reconhecimento de pessoas tomando como base à violação desse instituto diante dos preceitos elencados no Sistema Acusatório, uma vez que as provas muitas vezes são apresentadas para julgamento de forma precária sem observar as regras processuais podendo comprometer a própria dinâmica do processo, para realizar a abordagem do presente tema, a metodologia de pesquisa a ser utilizada será a bibliográfica. Em um primeiro momento será feita uma abordagem sobre a visão geral do Sistema Acusatório, na sequência será feita uma discussão envolvendo alguns dos Direitos Fundamentais inerentes ao processo de um modo geral, além da discussão sobre a produção da prova e, por fim, trataremos sobre o reconhecimento de pessoas partindo da análise da produção deficiente da prova.

Palavras-chave: Provas. Sistema acusatório. Reconhecimento de pessoas.

ABSTRACT: The present study aims to promote a discussion focused on recognize people based on violating this institute before the precepts listed in the Accusatory System, since the evidence is often presented for trial in a precarious way without observing the procedural rules, which could compromise the very dynamics of the process, to approach this theme, the research method will be bibliographical, at first an overview of the Accusatory System, then a discussion will be held involving some Fundamental Rights inherent to the process in general, in addition to the discussion about the production of evidence, and finally, we will deal with the recognition of people starting from the analysis of the deficient production of evidence.

Keywords: Evidence. Accusatory system. People recognition.

1. INTRODUÇÃO

A ideia de processo de uma forma geral não deve ser restringida pela simples representação da imagem de um tribunal composto pela figura de um juiz que ocupa o espaço central de uma mesa e em lados opostos cada uma das partes. A noção do que é o processo consegue transcender essa simples representação, já que este é formado por uma série de elementos que possibilitam às pessoas a poderem se manifestarem na defesa

¹⁶²Discente do Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário UNIFACID.

E-mail: franciscogustavoalves@gmail.com

de seus interesses para reclamar seus direitos, para se insurgir contra as decisões judiciais pelas vias recursais, enfim, é através daquele que os indivíduos tem a garantia necessária para evidenciarem seus propósitos e que deve ser assegurada à todos.

No Processo Penal não poderia haver um tratamento distinto em razão das peculiaridades que recaem sobre os processos dessa natureza, felizmente hoje é possível afirmar que o Processo Penal possui um viés garantista apesar de na prática ainda ocorrerem violações nas regras contidas neste e isso se deve ao fato de que aquele processo marcado pela atuação impositiva e inquisitorial de uma partes acabou sofrendo uma ruptura fazendo com que hoje o andamento do processo se aproximasse daquilo que está contido no texto constitucional.

O Sistema Acusatório surgiu como uma maneira de promover a democracia no processo, provocando uma mudança radical em toda a esfera processual, incluindo a produção da prova. No que tange ao procedimento referente ao reconhecimento de pessoas, conforme será discutido na sequência, é importante destacar que este muitas vezes na prática é conduzido de uma forma totalmente destoante daquilo que a norma determina, dando margem para que sejam iniciadas persecuções penais desnecessárias onde alguns Direitos Fundamentais, como é o caso da Ampla defesa, do Contraditório ou ainda do direito ao silêncio, que podem ser categoricamente violados, daí é que se faz necessária a observação das garantias processuais vigentes. Para regular andamento do processo é necessário que se observem essas garantias constitucionais, desde a fase das investigações e não somente no contexto do processo, especialmente pelo fato de que o andamento deste é bastante variado, podendo se arrastar por vários anos, fazendo com que seja esvaziado por completo a ideia não só da duração razoável do processo, como também da própria segurança jurídica, pois a permissão para o início de um processo recheado de vícios pode acabar fragilizando os direitos fundamentais das pessoas. O processo trata-se de uma garantia para promover não só os efeitos já elencados, como também acaba servindo de limites para a própria atuação Estatal, já que não seria razoável e muito menos legal admitir que o próprio Estado violasse às suas próprias regras, ou ainda permitisse que o particular provocasse sua subversão. Por fim, o apelo que se faz é que todo o contexto fático probatório seja devidamente analisado, desde as investigações até um eventual processo tomando como base alguns pressupostos serem seja o regular desenvolvimento do processo e mais ainda da preservação dos Direitos Fundamentais justamente pelo fato de que a má condução do processo pode acabar resultando em prejuízos indesejados para as partes, além de provocar uma precarização no tratamento dos Direitos Fundamentais. É bastante caro admitir que o processo seja realizado inobservando as suas regras processuais, já que isso pode acabar resultando em uma condenação injusta, e não deve ser este o objetivo do processo, já que a admissão dessa postura seria um verdadeiro convite ao retorno do Sistema Inquisitorial.

2. UMA VISÃO GERAL DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Falar sobre o processo partindo da análise sobre o sistema acusatório envolve a necessidade de se fazer uma abordagem aprofundada sobre esse mecanismo que confere a possibilidade de que as pessoas possam discutir seus direitos e a realizar a defesa de seus interesses, levando esse conflito para um sujeito cuja atuação deva ser equidistante dos interesses subjetivos dos envolvidos e normalmente ao final de um processo há a prolação de uma decisão advinda desse sujeito imparcial que irá favorecer exclusivamente aos interesses de uma das partes. Desse modo, o processo muito se assemelha à um jogo onde é bastante comum que a vitória fique apenas de um dos lados, nas palavras de Alexandre Morais da Rosa (2013):

No jogo processual de regra, o julgador e os jogadores tomam decisões egoístas a partir da análise de custos e benefícios individuais (payoffs) e não levam em consideração as consequências das consequências, a saber, as extremidades e prejuízos individuais (dos demais jogadores e a coletividade).

Assim, compreende-se que os resultados de um processo podem eventualmente atingirem outras pessoas para além dos integrantes do processo, é simples imaginar na prática que alguém eventualmente provocou um dano na esfera patrimonial alheia e no decorrer do processo acaba falecendo, os aspectos penais (ex: multa) não poderão ser exigidas, entretanto, o ressarcimento em decorrência do dano deve ser reparado conforme previsão no Art 5, XLV CRFB/88. Superados esses pontos iniciais, passaremos à discussão a respeito desse sistema que provocou uma releitura da dinâmica processual, quer seja o Sistema Acusatório. Inicialmente, é necessário que se faça a distinção entre a sistemática inquisitorial e a acusatória para facilitar a compreensão do tema. O sistema inquisitório traduz a imagem de um processo marcado pela ausência de partes, onde todos os poderes inerentes ao processo estão concentrados em uma única pessoa promovendo um verdadeiro desequilíbrio processual, não havia que se falar em Direitos Fundamentais, já que não se pode imaginar um processo democrático onde somente um lado tenha a chance de se manifestar, segundo Capez (2018):

É sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: A confissão.

Por outro lado, o sistema acusatório trouxe consigo a ideia de que ambas as partes merecem um tratamento isonômico e cada um dos poderes inerentes ao processo foram

distribuídos de modo a desestimular a ideia de superioridade de uma parte em detrimento de outra, como bem destaca brasileiro (2020):

De maneira diversa, o sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo a um Juiz de maneira equidistante e imparcial. Historicamente, tem como suas características à oralidade e a publicidade, nele se aplicando o princípio da presunção de inocência. Não obstante, em várias fases do Direito Romano o sistema acusatório foi escrito e sigiloso.

É necessário ainda destacar que a definição de sistema acusatório não está adstrita tão somente a separar aquele que julga, o que defende e o que acusa principalmente pelo fato de que na prática infelizmente as funções de acusar e julgar são eventualmente exercidas pela figura do julgador mesmo diante de um sistema que se responsabilizou em diferenciar essas funções, para Brasileiro (2020):

Mas esta mera separação das funções de acusar, julgar não basta para a caracterização do sistema acusatório, porquanto a imparcialidade do magistrado não estará resguardada enquanto o juiz não for estranho à atividade investigatória e instrutória. Com efeito, de nada adianta a existência de pessoas diversas no exercício das funções do magistrado e do órgão estatal de acusação se, na prática, há pela parte daquele, uma usurpação das atribuições deste, explícita ou implicitamente. A exemplo do que ocorre quando o magistrado requisita a instauração de um inquérito policial, dá início a um processo penal de ofício (processo judicial forme), provas e decreta prisões cautelares sem requerimento das partes, etc.

Uma das mudanças mais significativas provocadas pela adoção desse novo sistema processual foi a retirada da produção da prova das mãos daquele que profere à decisão final fazendo com que este seja um encargo exclusivo das partes, e com bastante razão haja vista que ao manter contato direto com a prova o juiz já estaria contaminado no momento da prolação de sua decisão. A atuação do julgador em relação à prova se dá no sentido de realizar a análise técnica desta, ou seja, atestar se os requisitos legais estão efetivamente preenchidos e também de realizar uma visão crítica a respeito destas. Em razão da evolução no tratamento das regras processuais surgiram profundas alterações no panorama processual penal que contribuíram para que aquele modelo autoritário desaparecesse e passasse a ser adotado um modelo com o viés garantista, onde até mesmo a própria aplicação da pena encontra limites não se admitindo seu uso de forma imoderada, como bem pontuam Zaffaroni, Pierangeli (2006):

O texto que compõe a nova parte geral constitui uma verdadeira reforma penal e supera amplamente o conteúdo tecnocrático da frustrada tentativa de reforma de 1969, posto que apresenta uma nova linha de política criminal, muito mais de conformidade com os Direitos Humanos. De uma maneira geral, o neo-idealismo autoritário desaparece do texto, apresentando apenas uma isolada amostragem do neo-hegelianismo, ao cuidar da imputabilidade diminuída.

A adoção do sistema acusatório pelo processo penal brasileiro serviu para revelar o grau de influência que a Constituição Federal vigente exerce sobre os demais diplomas normativos porque a Constituição é a referência máxima no que diz respeito ao aspecto legal, servindo de parâmetro para as demais leis e, em segundo lugar, porque a carta magna trata-se de um documento completo que realiza a regulamentação das mais variadas matérias com bastante profusão, como bem disserta Aury Lopes Jr (2019):

O processo penal deve ser lido à luz da Constituição e da CADH e não ao contrário. Os dispositivos do Código de processo penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.

Com o surgimento desse novo sistema processual, podemos afirmar que houve um maior favorecimento aos interesses das partes, já que cada uma delas detém sua própria autonomia para atuarem livremente no “jogo” processual em igualdade de condições, quer seja nas suas manifestações ou no tratamento, em relação a este, a doutrina denomina de princípio da “paridade de armas” conforme destacam Távora, Alencar (2017):

Também tratado como princípio da paridade de armas, consagra o tratamento isonômico das partes no transcorrer processual, em decorrência do próprio art 5º, caput, da Constituição Federal. O que deve prevalecer é a chamada igualdade material, leia-se, os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades.

Por todo o exposto, torna-se evidente que esse novo sistema adotado acaba funcionando como uma ferramenta capaz de promover o exercício equilibrado dos direitos de índole constitucional sem que nenhuma das partes tenha de se subjugar a outra, ademais, com esse sistema o próprio poder punitivo do Estado acaba encontrando limites fazendo com que este assumo o dever de proteção dos Direitos Fundamentais das

peças tanto contra a sua própria atuação quanto à dos particulares em determinadas ocasiões.

3.A DINÂMICA DA PRODUÇÃO PROBATÓRIA

É inevitável falar sobre o processo sem mencionar os elementos que o constituem. O processo é composto de elementos divididos entre aqueles que possuem um elevado grau de relevância e aqueles cuja existência é dispensável para o processo. Dentre aqueles que se enquadram como essenciais, podemos citar a prova, já que essa ferramenta permite ao juiz ter a chance de ter contato com a “verdade” que se quer ser provada pelas partes procurando fazer com que os fatos possam ser resgatados, não levando em consideração o lapso temporal decorrido nas palavras de Aury Lopes Jr. (2020):

Isso decorre do paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena, e seu presente, no futuro, será um constante reviver no passado.

A partir da presente afirmação, depreende-se que a prova necessariamente envolve a realização de uma retrospectiva no tempo. As partes reciprocamente tem interesse em realizar a restauração dos principais elementos que possam compor a prova e assim dar início ao processo, para tanto é necessário destacar que toda e qualquer prova deve observar as garantias mais basilares de índole constitucional quer seja a ampla defesa e o contraditório consoante Art 5, LV CRFB/88.

Em relação à presença desses dois princípios, no processo há de se destacar que geralmente esses dois elementos estão presentes desde a origem da prova ou ainda em conjunto com esta. Em outras palavras, a ampla defesa e o contraditório podem se fazer presentes tanto anterior quanto concomitante à prova, entretanto, algumas espécies de provas possuem a peculiaridade de deslocar o contraditório e a ampla defesa para um momento posterior, como é o caso das interceptações telefônicas (Lei 9296/96), já que a própria natureza da prova exige que essas garantias de façam presentes em um outro momento sob pena de inviabilizar o alcance dessa prova. Em suma, não importa se de forma prévia, concomitante ou ainda posterior, esses dois elementos são indissociáveis da prova e mais ainda do próprio processo o encargo de que aquele que alegar a existência de determinado fato deve efetivamente mostrar a veracidade do que se afirma, é o que a doutrina denomina como “ônus da prova” para Gustavo Badaró (2003):

Em função dessa distribuição dos riscos sobre a não comprovação de um fato, em que se fundamente a pretensão ou a defesa, é que as regras sobre o ônus da prova funcionam como uma pressão psicológica para as partes, tendo o efeito de motivá-las a participar ativamente a fornecer a prova dos fatos que pretende ver reconhecidas no processo. As partes são estimuladas a provar suas alegações, ante o risco da prova frustrada.

A partir da afirmação em tela, concluímos que a prova é por natureza dotada de dinamicidade e sua existência é capaz de decidir os rumos de um processo. A produção da prova trata-se de um direito das partes e isso advém da ideia de contraditório já que a parte deve ter resguardado seu direito de reação, assim como todo e qualquer direito fundamental a produção da prova encontra limites no que tange à sua produção, ou seja, não serão admitidas a utilização de meios que acabam ultrapassando os limites impostos pela norma provocando uma violação nas garantias de ordem constitucional, como dissertam Juarez Tavares, Casara (2020):

No Estado Democrático de Direito, como a prova no âmbito judicial está submetida a limitações e, mesmo no plano empírico, é sempre contingente a busca dessa “verdade” é um objetivo simbólico, serve como limite externo contra a opressão, e nada valendo como argumento de justificação para atos ilegais e abusivos. Pode-se dizer, então, que a prova é o instrumento de busca da verdade possível e juridicamente admissível no processo.

Por fim, nos resta salientar que a maneira de tratamento conferida à prova evoluiu em decorrência da mutação na sistemática processual, já que hoje esse instituto é um encargo dirigido somente às partes não mais se concentrando nas mãos de uma única pessoa como o era na sistemática anterior. A mudança na titularidade da prova simboliza uma das mais evidentes distinções entre os sistemas inquisitório e acusatório, segundo Brasileiro (2020):

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos processuais e a gestão da prova, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, ampla defesa, da publicidade, e do dever de motivação das decisões judiciais.

Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor

da prova. Portanto, é em decorrência dessa releitura processual podemos afirmar que ao menos em tese a dinâmica processual se mostra sob uma via de cunho democrático aproximando todos os sujeitos do processo em torno de uma mesma regra de tratamento.

4.A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO COMO PILARES DO PROCESSO

A ampla defesa ao lado do contraditório podem ser designados como dois dos principais pilares que se responsabilizam pela missão de assegurar o regular desdobramento do processo fazendo com que este venha a ser realizado em consonância com o que determina o texto constitucional. Esses princípios fazem parte da categoria dos Direitos Fundamentais, o que realça a necessidade de preservação destes, haja vista que os direitos dessa natureza estão alocados em uma parte que recebe uma especial proteção da própria Constituição, isso não significa dizer que existe uma sobreposição entre os direitos na órbita constitucional vigente, mas sim apenas uma diferença no que tange ao tratamento de cada uma das matérias. Segundo Daniel Sarmiento e Neto (2012):

Em matéria constitucional, não há espaço para o emprego do critério hierárquico, salvo na hipótese de conflito entre emenda à constituição e norma constitucional que se qualifique como cláusula pétrea. Isto porque, apesar de existirem normas constitucionais mais relevantes do que outras sob a perspectiva sistemática ou axiológica, não há qualquer hierarquia formal entre elas (A única exceção envolve as cláusulas pétreas, que têm hierarquia superior às normas editadas pelo poder constituinte derivado).

É ainda essencial destacar que os Direitos Fundamentais possuem uma série de características que revelam a sua elevada expressividade, dentre elas podemos citar a Interdependência ou Complementaridade, como bem pontua Eduardo dos Santos (2021):

Derivam, especialmente, das ideias de unidade e coerência sistêmica, reconhecendo que os direitos fundamentais apresentam interpretações e conexões necessárias, de modo que a implementação efetiva de um determinado direito depende da implementação de outros (interdependência), pois um direito isoladamente é insuficiente para se assegurar a proteção, e a promoção da dignidade da pessoa humana (complementaridade).

Partindo da presente afirmação, torna-se perceptível que apesar de cada direito fundamental ostentar sua própria autonomia é muito mais vantajoso que estes venham a se complementar para que seja alcançado com muito mais facilidade o objetivo de melhor resguardar os direitos dos indivíduos. Superados os pontos iniciais, passa-se a análise da Ampla defesa e do Contraditório. É difícil imaginar como seria andamento do processo

sem que esses dois pilares estivessem presentes, certamente haveria uma fragilização dos demais direitos fundamentais e isso inevitavelmente iria acabar provocando uma proteção deficiente nos direitos das pessoas.

Diante de toda a relevância que cerca esses princípios, são necessários que se apresente seus respectivos conceitos, nas lições de Tavares (2020):

Ampla defesa é o asseguramento de condições que possibilitam ao réu apresentar, no processo, todos os elementos de que dispõe. Entre as cláusulas que integram a garantia da ampla defesa encontra-se o direito à defesa técnica a fim de garantir a paridade de armas (par conditio), evitando o desequilíbrio processual, a desigualdade e injustiça processuais. O contraditório é decorrência direta da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio). Ademais, pode-se seguramente afirmar que o princípio do contraditório vincula-se ao princípio maior da igualdade substancial.

Assim, é inevitável fazer uma abordagem sobre o processo independentemente de sua natureza sem que sejam mencionados esses princípios, já que eles não se fazem presentes somente nas persecuções penais na verdade, ambos são elementos inerentes ao processo por envolver o direito à reação e a informação. Outro ponto de relevante destaque refere-se à maneira como esses princípios se manifestam no direito de defesa. Como já destacado, a ampla defesa envolve o direito à defesa técnica forma especial de exercer essa garantia processual. Para Brasileiro (2020):

Defesa técnica é aquela exercida pelo profissional da advocacia dotado de capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado, ou defensor público. Para ser ampla, como impõe a Constituição Federal, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor. Autodefesa é aquela exercida pelo próprio acusado, em momentos cruciais do processo. Diferencia-se da defesa técnica porque, embora não possa ser desprezada pelo juiz, é disponível, já que não há como se compelir o acusado a exercer seu direito à interrogatório nem tampouco acompanhar os atos da instrução processual.

Partindo da afirmação em tela, é fundamental salientar que a diferença basilar entre essas modalidades de defesa não se restringe apenas à presença de um profissional técnico e sim pela possibilidade de renúncia ao próprio direito à defesa. Como se sabe, a ampla defesa trata-se de uma espécie de direito fundamental e, como tal, não pode ser objeto de renúncia. Isso significa que estes podem até não serem exercidos, todavia não podem ser

renunciados, já que os direitos fundamentais não são destinados em caráter particular para determinadas pessoas, já que eles são inerentes à própria condição da pessoa. Por sua vez, o Contraditório (art 5, LV CRFB/88) simboliza o direito à informação, já que a pessoa possui o direito de tomar conhecimento a respeito daquilo que lhe é imputado, como diria Pacelli (2021):

O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos-vistos, assim, como garantia de participação, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão.

A inclusão desses dois princípios no texto constitucional demonstrou que o legislador estava atento à necessidade de melhor resguardar aos direitos fundamentais das pessoas, especialmente após a superação de um sistema marcado pela inobservância desses direitos. O contraditório, por exemplo, ao promover o direito à informação, acaba funcionando como um mecanismo essencial que serve para desestimular a realização de denúncias genéricas onde a pessoa não tem o conhecimento necessário a respeito daquilo que lhe é direcionado, conforme destaca Masson (2019):

É imprescindível distinguir a denúncia genérica da denúncia geral. A denúncia genérica é aquela cuja imputação é gravemente contaminada por "situação de deficiência na narração do fato imputado, quando não contém os elementos mínimos de sua identificação como crime, como às vezes ocorre com a simples alusão aos elementos do tipo penal abstrato. A denúncia genérica sofre com a pecha da criptoimputação (imputação truncada, criptografada) por consagrar um sistema processual kafkiano por meio do qual o denunciado não tem ideia do que se defende.

Por isso, os direitos fundamentais devem ser resguardados diante não só daquilo que representam, como também daquilo que protegem, servindo de limites para vedar qualquer comportamento arbitrário seja ele advindo dos órgãos estatais ou de particulares. Nesse sentido Pacelli (2021):

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidariamente encastelado no

interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.

Com isso, concluímos que cada direito fundamental tem sua própria esfera de atuação particular, mas que servem para resguardar os direitos dos indivíduos, como já destacado é através da reunião desses princípios que se pode alcançar um maior resguardo aos direitos fundamentais das pessoas em toda e qualquer esfera processual.

5.0 RECONHECIMENTO DE PESSOAS À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

5.4 A Análise da produção probatória deficiente

Sabemos que quando surge a notícia de que houve a prática de um delito uma das primeiras indagações que se faz é no sentido de identificar como este foi realizado e partindo dessa premissa aferir se ele deixou ou não vestígios, sendo este um fator bastante determinante no momento da produção da prova, ocasião onde são realizados alguns procedimentos que possibilitam o alcance desta. Dentre esses procedimentos, pode-se destacar o reconhecimento de pessoas previsto no artigo 226 do CPP. O procedimento em tela tem o objetivo de fazer com que a vítima possa identificar o responsável pelo delito auxiliando as autoridades na tarefa de identificação para que sejam adotadas as medidas pertinentes, conforme artigo 226, incisos I,II do CPP, se não vejamos:

Art 226 - Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deve ser reconhecida, II - a pessoa, cujo reconhecimento de pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la

Apesar da relevância do procedimento em tela, não deve ser desconsiderado que este, ao ser realizado na prática, acaba muitas vezes sendo totalmente desvirtuado podendo comprometer a sua própria validade. Em certos casos, a má condução do procedimento em tela pode acabar comprometendo a liberdade de locomoção de determinada pessoa. A discussão do tema acabou ganhando espaço nos tribunais superiores, especialmente no STJ, onde a 6ª turma no julgamento do HC nº598.886 sob a relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz assim definiu:

O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art 226 do Código de Processo Penal e quando

corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Segundo estudos da psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis

Ao se realizar esse procedimento na prática, é bastante comum que alguns Direitos Fundamentais sejam inobservados e a condução do procedimento em voga acabe apresentando uma prova bastante enfraquecida. Em determinados casos, as pessoas são constrangidas a adotarem um comportamento ativo no reconhecimento de pessoas provocando uma violação em uma das modalidades do seu próprio direito ao silêncio (art 5º, LXIII CRFB/88). A isso se deve ao fato de que a vítima muitas vezes indica pessoas com traços característicos advindo de um sugestionamento ou ainda pelo desejo de responsabilizar alguém mesmo que esta não tenha responsabilidade no fato praticado. Nessas circunstâncias, a presunção de inocência (art 5º, LVII CRFB/88), assim como o direito ao silêncio, acabam sendo relativizados. O “estado de inocência”, como alguns autores preferem designar, trata-se de uma garantia processual que deve se fazer presente em todo o decorrer do processo. Nas lições de Capez (2018):

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: I - no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; II - no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; III - no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

O princípio da presunção de inocência traduz uma das mais expressivas garantias de que se pode dispor no processo traduzindo a noção de um processo garantista onde não se pode admitir que alguém tenha seus direitos tolhidos sem que haja um prévio trânsito em julgado. Esse marco processual do trânsito em julgado é uma forma de assegurar a segurança jurídica necessária para a preservação dos direitos dos indivíduos, especialmente a liberdade destes. Segundo Nathalia Masson (2020):

Eis o princípio da presunção de inocência, cuja finalidade central é a de tutelar a liberdade do indivíduo. Destarte, só depois que a sentença condenatória transita em julgado, isto é, se torna definitiva

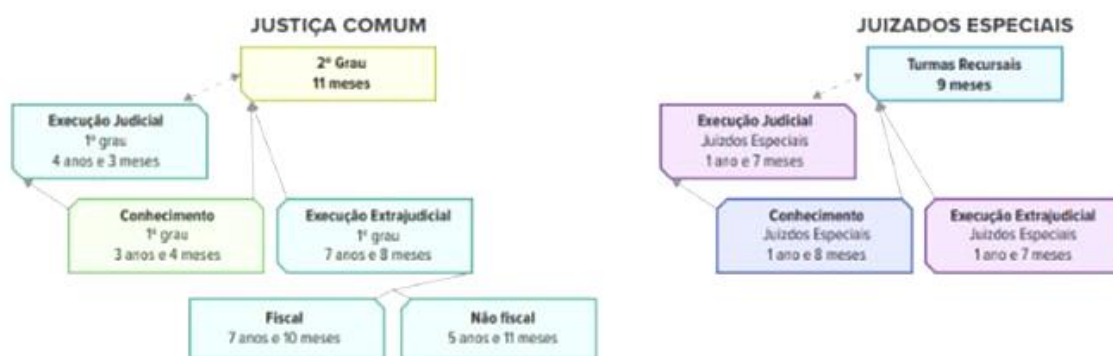
e não mais admite recurso, é que o sujeito poderá ser considerado culpado. Antes disso, presume-se, é inocente e como tal deverá ser tratado.

É essencial ainda frisar que, apesar de reconhecida a relevância do princípio em tela cumpre destacar que o mesmo apresenta limites quanto aos seus efeitos, de modo que não se pode admitir que, pelo fato de não se poder proferir uma decisão condenatória sem prévio trânsito em julgado a liberdade de locomoção jamais será restringida, haja vista que os direitos fundamentais assim como os demais possuem restrições não podendo serem tratados em caráter absoluto, nesse sentido Nathalia Masson (2020):

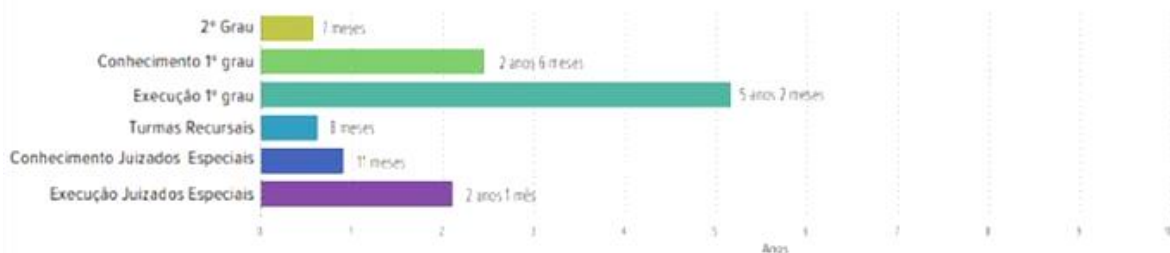
Não confunda, todavia, a presunção de inocência com a impossibilidade de prisão. O sujeito pode ser preso antes da condenação definitiva (em flagrante, preventivamente, temporariamente), sem que isso signifique que o consideramos já culpado. Às vezes a manutenção do indivíduo solto compromete a própria efetividade do processo penal, pois ele intimida testemunhas, destrói provas essenciais, ameaça fugir, etc.

Retornando à análise do reconhecimento de pessoas, é ainda pertinente sublinhar que, em um Judiciário repleto de demandas é bastante comum que esse procedimento acabe sendo realizado à revelia da observação. Quanto às regras pertinentes e como já destacado, isso pode afetar os direitos fundamentais em torno desse procedimento fazendo com que a persecução penal venha a se prolongar por bastante tempo. A partir dos dados obtidos do CNJ pela "Justiça em números", é possível conferir de acordo com dados de 2021 a duração em média de um processo na justiça comum estadual.

TEMPO MÉDIO DO PROCESSO BAIXADO NA JUSTIÇA ESTADUAL



TEMPO DE SENTENÇA



TEMPO DA BAIXA



TEMPO DO PENDENTE



Pela análise do quadro, pode-se aferir que a duração razoável do processo acaba se tornando um objetivo distante de ser alcançado e com isso quem sofre as consequências são as pessoas que tem contra si uma persecução penal muitas vezes temerária. A duração razoável do processo (Art 5º, LXXVIII CRFB/88) é uma garantia de que o mesmo não se estenda de forma imoderada, observando-se todos os fatores de ordem interna e externa que contribuem para essa duração. Segundo Bernardo Gonçalves (2020):

Certo é que a duração razoável do processo é conceito em certo sentido aberto, que depende da análise de critérios como a complexidade da causa, o comportamento das partes e a atuação dos órgãos estatais, não só os órgãos jurisdicionais diretamente envolvidos em um determinado processo, mas também, de um modo geral, as autoridades administrativas e legislativas, a quem incumbe a responsabilidade de criar um sistema judicial ágil, inclusive dotado do aparato material necessário.

Pelo exposto, a duração razoável é uma forma de fazer com que as decisões judiciais possam ser conhecidas em tempo hábil sem que seja desconsiderado, contudo, todo o contexto processual, especialmente a fase das investigações onde comumente os vícios processuais tem maiores chances de se propagar e sustentar o início de um processo exigindo, portanto, sua observação dentro do processo.

Para finalizar a discussão sobre o reconhecimento da pessoa, recentemente ocorreu o fim da controvérsia que pairava entre as turmas do STJ a respeito desse procedimento. A 5ª turma do STJ, no julgamento do HC nº 652.284 sob a relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, decidiu seguir o entendimento já consolidado anteriormente com a seguinte decisão.

Uma reflexão aprofundada sobre o tema, com base em uma compreensão do processo penal de matriz garantista voltada para a busca da verdade real de forma mais segura e precisa, leva a concluir que, com efeito, o reconhecimento (fotográfico ou presencial) efetuado pela vítima, em sede inquisitorial, não constitui evidência segura da autoria do delito, dada a falibilidade da memória humana, que se sujeita aos efeitos tanto do esquecimento, quanto de emoções e de sugestões vindas de outras pessoas que podem gerar "falsas memórias", além da influência decorrente de fatores, como, por exemplo o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor; o trauma gerado pela gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos); estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etnia etc.).

Diante da falibilidade da memória seja da vítima, seja da testemunha de um delito, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos no art 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada.

O tema em voga ainda poderá gerar intensos debates ao seu redor, contudo, o que se pode afirmar nesse momento é que a decisão pela qual chegaram ambas as turmas estão em conformidade com os preceitos constitucionais, pois como já ressaltado, em determinadas oportunidades a prova além de ser frágil ainda pode surgir em um contexto

onde não se observam as regras processuais, especificamente nos casos de reconhecimento, já que há um acentuado grau de subjetividade neste. Diante disso, fica claro que ambas as turmas acabaram convergindo a um entendimento sobre o tema proposto onde felizmente foi adotada uma decisão de cunho garantista em consonância com a Constituição Federal. A consolidação desse entendimento, para além da sua importância natural, serve igualmente para desestimular a produção deficiente da prova e garantir que as pessoas possam usufruir de seus direitos livremente. Essa decisão é, portanto, um marco histórico para o Processo Penal, já que foi capaz de reafirmar todos os preceitos contidos na carta magna superando de vez a ideia de um processo autoritário.

6. CONCLUSÃO

Por todo o exposto no presente estudo, podemos concluir que para o regular desenvolvimento processual é necessário muito mais do que simplesmente seguir a letra fria da lei, ou seja, há a necessidade de que todo o contexto fático probatório seja devidamente analisado de forma minuciosa para aferir inicialmente se o próprio andamento processual foi corretamente seguido e, não menos importante, saber se os direitos fundamentais foram observados. Essa exigência para que o processo seja analisado de forma detalhada advém da necessidade de que sejam coibidos todos aqueles processos de natureza temerária que possam colocar em risco os direitos de uma pessoa, à exemplo da própria liberdade de locomoção. Como já abordado em momento oportuno, sabemos que o Judiciário encontra-se repleto de demandas que inevitavelmente inviabilizam o seu bom funcionamento e isso acaba estimulando em alguns julgadores a necessidade de proferir uma decisão em curto prazo. Com isso surge o grande risco de que haja um atropelamento tanto das garantias fundamentais como do próprio processo e nisso alguns pontos relevantes podem vir a serem desconsiderados especialmente aqueles que possam favorecer aos interesses do réu, ou seja, esse "atropelamento" pode acabar provocando um sério prejuízo no interesse de uma das partes.

Em relação ao procedimento do reconhecimento de pessoas, é forçoso destacar que ainda que este não exija um elevado grau de complexidade não significa dizer que os direitos fundamentais em torno deste devem ser desconsiderados, admitir tal situação seria não só um verdadeiro retrocesso como também seria uma forma de rememorar o sistema inquisitório onde o processo era marcado por uma atuação Estatal tanto unilateral quanto impositiva e os direitos fundamentais eram apenas objetos.

Felizmente, com o advento da Carta magna vigente, o panorama processual foi totalmente revisionado, passando a fazer com que a pessoa pudesse ter sua autonomia dentro de um processo, podendo se manifestar de acordo com as regras processuais. O indivíduo passa a ser visto como um detentor de direitos e não somente como um objeto processual. Desse modo, é inegável a contribuição da Constituição Federal no sentido de promover uma releitura da sistemática processual penal, fazendo com que se alcance a

segurança necessária para que todas as pessoas possam desfrutar de seus direitos fundamentais sem o receio de serem indevidamente violados.

REFERÊNCIAS

Curso de processo penal. Fernando Capez – 25ª edição. São Paulo: Saraiva educação, 2018

Curso de direito processual penal. Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar – 12ª edição, revista e atualizada, Salvador: editora juspodivm, 2017

Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-lei/Del_3689. acesso em 16.11.2021

Curso de direito constitucional. André Ramos Tavares – 18ª edição. São Paulo: Saraiva educação, 2020

Curso de direito constitucional. Bernardo Gonçalves Fernandes – 12ª edição, revista atualizada e ampliada, Salvador: editora juspodivm, 2020

Curso de processo penal. Eugênio Pacelli – 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2021

Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento – Belo Horizonte: Fórum, 2012

Direito Constitucional Sistematizado. Eduardo dos Santos – Indaiatuba, São Paulo: editora Foco, 2021

Direito penal parte geral (art 1º a 120) volume 1. Cleber Masson – 13ª edição. Rio de Janeiro Forense, São Paulo Método, 2019

Direito processual penal. Aury Lopes Junior - 17ª edição. São Paulo: Saraiva educação, 2020

Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica. Aury Lopes Jr - 5ª edição. São Paulo:Saraiva educação,2019

Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. Alexandre Moraes da Rosa – 1ªedição. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2013

Manual de Direito constitucional. Nathalia Masson - 8ª edição revista ampliada e atualizada - Salvador: juspodivm, 2020

Manual de Processo Penal: volume único. Renato Brasileiro de Lima -8ª edição, revista ampliada e atualizada. Salvador, editora juspodivm, 2020

Manual de direito penal brasileiro parte geral. Eugênio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli - 8ª edição revista e atualizada, editora Revista dos tribunais, 2006

Ônus da prova no processo penal. Gustavo Henrique RighiIvahy Badaró – São Paulo: editora Revista dos tribunais 2003

Prova e verdade. Juarez Tavares; Rubens Casara -1ª edição. São Paulo: 2020

Processo Penal volume 3. Fernando da Costa Tourinho Filho – 34ª edição revista e de acordo com a lei nº 12.403/2011. São Paulo: Saraiva 2012

https://www.stj.jus.br/sites/portalp/paginas/comunicação/noticias_/03052021-Quinta-turma-invalida-reconhecimento-que-não-seguiu-procedimentos-previstos-no-Cpp.
acesso em 16.11.2021

<https://www.cnj.jus.br>justiça-em-números2021, ano-base 2020>. acesso em 16.11.2021

O *AMICUS CURIAE* COMO INSTRUMENTO LEGITIMADOR DE DECISÕES NO STF

GEORGE ARAÚJO PENHA FILHO:

Graduando em Bacharelado em Direito
pela Universidade Santo Agostinho

DANTÉRCIO RIBEIRO CARDOSO¹⁶³

(coautor)

Marcos Vinícius do Nascimento Lima

(orientador)

RESUMO: O *amicus curiae* é um instituto jurídico-processual onde um terceiro possui a atribuição de prestar informações relativas à matéria controvertida e de extremo teor técnico aos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) nos julgamentos de pautas com interesses coletivos ou difusos. Desde a admissibilidade da participação deste *amicus* foram decididas pela corte questões polêmicas; Indaga-se a finalidade objetiva das decisões do STF com o uso deste instrumento processual e quais as regras para inclusão de terceiros como instrumento legitimador das decisões ministeriais na Suprema Corte, principalmente com as mudanças de paradigmas ocasionadas pela decisão da ADI 3396-DF onde critérios subjetivos de controle constitucional foram utilizados com a justificativa de garantir direitos constitucionais.

Palavras-Chave: *amicus curiae*; instrumento; legitimação.

INTRODUÇÃO

O instituto do *amicus curiae* é de fundamental importância para o esclarecimento de matérias controversas e de temas de extrema relevância geral que estão além dos conhecimentos jurídicos nos processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), pois traz oportunidade às pessoas da comunidade não jurídica participar como terceiro nos julgamentos, segundo a doutrina americana¹⁶⁴ este instituto jurídico originalmente possuía a função de esclarecer questões técnicas, econômicas e culturais, porém, o STF passou a exigir uma função ativa de uma parte interessada sob a justificativa principal de

¹⁶³ Graduando em Bacharelado em Direito pela Universidade Santo Agostinho

¹⁶⁴ No *common law* as principais fontes do direito são os costumes e os precedentes judiciais "são as próprias decisões judiciais que criam, a partir dos costumes e das circunstâncias do caso concreto, as normas jurídicas a serem utilizadas no julgamento de casos análogos posteriores" LEMOS JÚNIOR, Eloy & BATISTA, C. (2019). Precedentes judiciais e o sistema jurídico brasileiro de tradição civil law. **Revista Direito Em Debate**, 27(50), 50-63. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2018.50.50-63>. Acesso em 15 nov. 2020.

promover uma jurisdição constitucional mais democrática, uma vez que, estes julgados refletem em toda a estrutura do Poder Judiciário.

Devida relevância das decisões da Suprema Corte, faz-se necessário um estudo crítico sobre o ativismo judicial¹⁶⁵ como fator de ampliação do Poder Judiciário, extrapolando sua seara com a justificativa de massificação da tutela de interesses difusos e utilizando, quando de interesse dos Ministros do STF, determinados *amicus curiae* como instrumento de legitimação das decisões judiciais interferindo nas decisões legislativas e executivas.

Luís Roberto Barroso aponta que a "ascensão do Judiciário deu lugar a uma crescente judicialização da vida"¹⁶⁶. Esta judicialização é utilizada como justificativa para dirimir controvérsias decorrentes de questão econômica, política, social ou moral, pelo Poder Judiciário. Ocorre que: quem fiscaliza os Ministros do STF frente ao seu ativismo e interferência em toda a vida social? Quais ferramentas são usadas para justificar esse ativismo perante os outros Poderes?

Aponta-se a preocupação com o desvio da finalidade na utilização dos critérios sobre os *amicus curiae* utilizados junto a Suprema Corte (STF) na participação em julgamentos de pautas que interessam toda a sociedade, mostra-se de grande interesse social visto que a participação de grupos ou entidades de minorias organizadas possa não representar os interesses objetivos da sociedade, mas somente interesses subjetivos que fogem da seara dos julgamentos da Suprema Corte.

1 - LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NA CONSTITUIÇÃO

Em uma democracia o poder emana da soberania popular exercida através de representantes eleitos por votação direta para representar a coletividade e decidir pelo grupo em instituições que podem ser: Câmaras, Parlamento, ou Congresso. No Brasil o

¹⁶⁵ Para RAMOS, Elival: "ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante à práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes". RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo, Saraiva, 2015, p. 276.

poder de fato da soberania popular foi conferido na Assembleia Nacional Constituinte¹⁶⁷, que deu origem a Constituição Federal de 1988.

Com o advento da Constituição Federal a democracia brasileira ficou atrelada ao objetivo de participação popular inspirada na Revolução Francesa e na Revolução Americana, o Brasil adotou o regime da democracia participativa. Nela a legitimidade política advém dos processos de inclusão e da igualdade participativa¹⁶⁸.

Como reflexo dessa igualdade participativa tem-se a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do país, na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º dá-se ao povo o poder sobre o país: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”¹⁶⁹. Assim, no Estado Democrático de Direito, que tem como base a democracia e a proteção dos direitos fundamentais, ambos devem ser cumpridos objetivando não só os interesses da maioria, nem de uma minoria impositiva de seus ideais, mas sim, de cada sujeito de direitos e deveres, sendo que a Constituição Federal tem o objetivo de ser reflexo da vontade popular e da proteção dos direitos individuais, cabendo ao Superior Tribunal Federal o papel de guardião desta Constituição em sentido objetivo¹⁷⁰.

Os direitos fundamentais são norteadores da legitimidade do sistema constitucional, portanto, é necessário entender o Direito como um sistema integrado de regras e princípios. Assim, o sistema jurídico é adaptado para exercer sua funcionalidade em todos os ramos da sociedade¹⁷¹ sendo necessário que o magistrado se adapte às mais diversas situações do cotidiano usando a lógica e a técnica para a resolução dos conflitos, respeitado todo o ordenamento e não somente a subjetividade da vontade.

167 MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed.rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017, p.114-123.

168 Ibid., p. 122-125.

169 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. acesso em: 18 set. 2021.

170 MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed.rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1017-1019.

171 DWORKIN *apud* BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 85.

Portanto, não deve haver uma contraposição entre os princípios e a política. Os princípios foram criados para que existam a igualdade, moralidade e a justiça. Eles não passam pelo crivo popular, são originários de questões que não transcorrem da preferência ou escolha popular, sendo imperativos morais reconhecidos como direitos fundamentais de cada indivíduo.

Devido a sua importância para a manutenção do Estado, a Constituição é uma norma jurídica superior¹⁷², nesta perspectiva existe uma hierarquia das normas, onde a norma jurídica superior condiciona a norma jurídica inferior, estas para que sejam consideradas válidas e possam ser cumpridas devem ser elaboradas de acordo com a norma jurídica fundamental. Para que a norma tenha validade é necessário que aquelas ainda não integradas ao sistema passem por uma análise de indeterminação intencional dentro do sistema, onde cabe ao interprete a possibilidade de execução da norma abstrata ao caso concreto¹⁷³.

Assim, cabe aos Ministros da Suprema Corte a proteção da Constituição, sendo a jurisdição constitucional amparada pelo princípio da separação dos poderes. Os principais modelos de controle de constitucionalidade que influenciaram o brasileiro foram: o americano, neste o Judiciário analisa a compatibilidade da lei com a Constituição de forma difusa, discricionária e não obrigatória pela Suprema Corte; e o europeu, que é baseado em Supremas Cortes, acima da estrutura do Poder Judiciário, com a função de proteção da Constituição, de forma concentrada¹⁷⁴.

Nesse sentido, com a finalidade de evitar o descontrole na interpretação das normas, dos preceitos constitucionais, o excesso de subjetivismo das decisões monocráticas, ou das decisões dos órgãos colegiados a nível regional, justifica-se a atuação da Suprema Corte com preceito de organização do Estado, com objetivo de manter a integridade do ordenamento jurídico e evitar a transgressão dos princípios fundamentais da Constituição.

1.1 - Legitimidade Democrática na Constitucionalidade das Decisões do Supremo Tribunal Federal (STF)

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão que realiza o Controle Concentrado de Constitucionalidade não somente quando o parâmetro é a Constituição Federal de 1988,

¹⁷² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 112.

¹⁷³ Ibid., p. 113-116.

¹⁷⁴ BISCH, Isabel Da Cunha. **O Amicus Curiae, As Tradições Jurídicas E O Controle De Constitucionalidade**: Um Estudo Comparado à Luz Das Experiências Americana, Europeia E Brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.97-103.

conforme artigo 102, I, mas também, quando os princípios constitucionais forem alvo de irregularidade. A constitucionalidade deve ser analisada como pedido principal em uma demanda ao STF, o objeto da ação surge do Controle Concentrado ou do Controle Abstrato. Para o segundo, o STF pretende obter não somente a solução de um caso concreto, mas o entendimento acerca da compatibilidade de uma norma com a Constituição¹⁷⁵ a fim de garantir a supremacia do texto constitucional.

Percebe-se que, quando uma decisão judicial é baseada apenas na vontade individual, foge dos preceitos constitucionais que deveriam ser intransponíveis. Assim, quando não respeitados os limites constitucionais, os legais, ou os estabelecidos pela Suprema Corte. O Ministro do STF agindo como legislador também cria o Direito, fugindo do seu papel principal de protetor da Constituição.

Portanto, não sendo respeitada a Constituição, que instaura o Estado e os poderes a ele dados, organiza o sistema de freios e contrapesos dentre os poderes, e confere aos juízes constitucionais competência para anular ou deixar de aplicar as leis inconstitucionais¹⁷⁶, não existe um respeito à Democracia.

Para dar maior legitimidade às decisões, nos casos concretos, os Ministros do STF utilizam cada vez mais a figura do *amicus curie*, anteriormente este seria um terceiro desinteressado, porém devido sua importância para o contraditório passou a ser um terceiro com interesse. Para Scarpinella Bueno esse sujeito dentro do processo passa a ser parte:

O 'princípio do contraditório' ganha novos contornos, uma verdadeira atualização, transformando-seem 'colaboração', 'cooperação' ou 'participação', 'colaboração', 'cooperação' ou 'participação' no sentido de propiciar, em cada processo, condições ideais de decisão a partir dos diversos elementos de fato e de direito trazidos perante o magistrado para influenciar sua decisão. (...) Nesse sentido, o *amicus curiae* é (só pode ser) um agente do contraditório no sentido de 'colaboração'. ¹⁷⁷

Baseado na experiência americana, o *amicus curiae* permite que associações privadas e indivíduos que representam o interesse de amplos grupos possam levar

¹⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.60.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ BUENO. Cassio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 1. 1.ed.São Paulo: Saraiva, 2017, p. 594.

argumentos para o debate tratado na Suprema Corte¹⁷⁸. Tal instituto tem por função auxiliar os Ministros nas suas decisões, favoráveis ou desfavoráveis à ideia inicial do *amicus*. Enquanto a audiência pública está finda na convocação de especialistas técnicos sobre determinada matéria, sem que estes deem juízo de valor, ou escolham um lado em determinado tema. Isabel Bisch traz-nos como essa diferença originalmente não era percebida:

Autores americanos buscam demonstrar que participantes na condição de *amicus curie* atuam de várias formas, de acordo com o interesse que tenham no litígio. Agem como informantes – verdadeiros participantes desinteressados no feito – quando não guardam conexão com qualquer das partes (...) a participação do *amicus* ganha **caráter de neutralidade, aproximando-se da função originária. Desempenho diferente tem o *amicus*, quando atua aliado a umas das partes**, com quem está diretamente relacionado fora da arena judiciária. (...) **participações assim equivalem a estratégias do grupo de interesse para mostrar e convencer**, de modo simbólico que o grupo é ativo. 179

O termo *amicus curie* foi regulamentado inicialmente no Brasil pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator nos termos dos artigos 13, XVII, e 21, XVII, para ouvir o depoimento de pessoas com conhecimentos técnicos e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias, sendo que o procedimento deve atender a repercussão geral e ao interesse público relevante.

1.2 – Da (in)segurança Jurídica

Em uma época de pandemia e de crises entre os diversos grupos sociais, alguns conflitos que pareciam estar no passado se mostram cada vez mais latentes dentro do meio social, são diversas transformações sociais e que trazem um grande volume de insegurança, esta vai desde a insegurança psíquica até a insegurança social, as diversas situações que transformam o dia a dia das pessoas devem ser acompanhadas pelo Direito, pois, como uma de suas funções principais, ele deve acompanhar e amparar esse

178 BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, As Tradições Jurídicas E O Controle De Constitucionalidade**: Um Estudo Comparado à Luz Das Experiências Americana, Europeia E Brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 66.

179 BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, As Tradições Jurídicas E O Controle De Constitucionalidade**: Um Estudo Comparado à Luz Das Experiências Americana, Europeia E Brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 62.

dinamismo, além de garantir a harmonia social, pois é seu dever conciliar, nas palavras de José Oliveira:

Tradições e inovações , durabilidade e adaptabilidade (...) A sociedade é cada vez mais complexa e plural , “A população torna-se mais heterogênea e as vozes de todos precisam ser escutadas” (...) o multiculturalismo se materializa com a diversidade cultural e pelo avanço e fortalecimento das minorias. 180

Com o objetivo de ganhar eleitores, não se preocupando com as verdadeiras aspirações e necessidades sociais, nem com a complexidade social, os Legisladores aumentam a produção legislativa, os Poderes Executivos visando acompanhar as demandas, legislam através das medidas provisórias, e o Poder Judiciário “acaba sendo pressionado a suprir as deficiências dos demais poderes”¹⁸¹.

As causas da judicialização são potencializadas em razão de que a Constituição Federal brasileira disciplina uma variedade de temas e permite que várias pessoas e entidades promovam ações direitas no Supremo Tribunal Federal. 182

Num cenário social onde os textos apresentam alto grau de indeterminação e abstração devido a grande produção e diversidade, uma vez que, não contemplam todas as aspirações sociais e situações jurídicas, a produção de textos normativos só aumenta, tornando imprevisíveis as decisões sobre temas semelhantes. Para José Oliveira:

A grande produção de textos normativos e a elevada carga de abstração contribui para elevada insegurança, Humberto Ávila, assevera que para reconhecer a segurança é necessário analisar em conjunto a insegurança. Não existe um conceito positivado –

180 OLIVEIRA, Jadson Correia de. **O controle cooperativo de constitucionalidade das normas através das audiências públicas e da atuação do *Amicus Curiae* na jurisdição constitucional**. 2014. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/542>. Acesso em: 22 out. 2020.

181 PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 2019. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.35.

182 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo, Saraiva, 2016, **p. 18**.

conjunto de ideias gerais e abstratas com o objetivo de garantir a ordem jurídica, a paz social e o Estado de Direito. 183

A segurança jurídica é justificada pelos efeitos da ausência de segurança, a insegurança interfere na vida em sociedade e no equilíbrio do Estado de Direito. Para que cada indivíduo de direitos possa planejar sua vida é necessária à confiabilidade na ordem jurídica, pois ela traz a garantia de que as liberdades individuais serão atendidas e o desenvolvimento pessoal reflita no desenvolvimento social.

Quando se explana sobre uma ideia de segurança, faz-se necessário entender que o conceito de segurança jurídica não é o antigo, onde a segurança jurídica surgia do respeito à "boca da lei". A obra de Ravi Peixoto define como era o conceito dessa antiga segurança jurídica:

Se um dia ela podia ser – supostamente – resolvida pela tão só previsão do texto normativo e a ilusão do juiz "boca da lei", tal sonho de Napoleão foi destruído. A imagem da escola da exegese, em que o magistrado realizaria uma atividade meramente mecânica, utilizando-se apenas de um raciocínio lógico-dedutivo, tendo em vista que o texto da lei seria capaz de, por si só, determinar completamente as decisões judiciais torna-se um mero sonho utópico. 184

O cidadão necessariamente deve ter confiabilidade no conteúdo das normas e do processo que essas normas são criadas, modificadas e fiscalizadas, não somente do texto em si que deve haver várias releituras, mas do acesso ao real conteúdo das normas e dos procedimentos que criam e modificam essas normas. As regras do jogo no Judiciário devem ser claras para todos.

2 – *AMICUS CURIAE* NO STF

2.1 - *AmicusCuriae*: Origem e Definição Legal

O instituto jurídico do *amicus curiae* não possui definição doutrinária única quanto a sua origem, para parte da doutrina o *friend of the court* (amigo da Corte) teve origem e

183 OLIVEIRA, Jadson Correia de. **O controle cooperativo de constitucionalidade das normas através das audiências públicas e da atuação do *AmicusCuriae* na jurisdição constitucional**. 2014. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/542>.

Acesso em: 25 out. 2020

184 PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 2019. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 34.

desenvolvimento nos Estados Unidos derivando do *consillarius* do Direito Romano ou do Direito Britânico¹⁸⁵. Para Cassio Scarpinella Bueno, o *amicus curiae* surgiu efetivamente no direito inglês:

Apesar da expressão latina, é muito pouco claro que o instituto tenha efetivamente surgido e se desenvolvido no direito romano. Quem o afirma são os historiadores e os romanistas em geral. Alguns chegam a dizer que, no máximo, no direito romano haveria algo próximo ao *amicus curiae*, o *consillarius*¹⁸⁶

Tratava-se de pessoa física ou órgão representativo, sem nenhuma relação ou interesse próprio na disputa, com a atribuição de opinar ou prestar informações relativas à matéria controvertida, podendo o julgador conferir necessidade ou não da sua manifestação¹⁸⁷.

O primeiro dispositivo legal a prever o *amicus curiae* no Direito brasileiro foi o art. 31 da Lei nº 6.385/76, nele os processos que envolvam atribuições da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) deve ser intimada para oferecer parecer ou prestar esclarecimentos. Prestando esclarecimentos a CVM deve ser intimada de todos os atos subsequentes, e possui legitimidade recursal, quando não houver recurso interposto pelas partes¹⁸⁸.

O art. 89 da Lei nº 8.884/94 previa que nas discussões a aplicação dessa lei, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) deverá ser intimado para, desejando, intervir na qualidade de assistente. O CADE não busca proteger o interesse, visa apenas à observância da lei e dos princípios constitucionais da ordem econômica. A regra foi mantida pela Lei nº 12.529/2011, no art. 118: "intervir no feito na qualidade de assistente".

Vale salientar para a mudança de paradigmas que houve em relação ao *amicus* no decorrer das lides que chegavam até a Suprema Corte, se antes esse instrumento era um terceiro desinteressado, passou a ser um possuidor de legitimidade recursal, sendo considerados partes para verificação e eventual deslocamento de competência. Trata-se

185 BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, As Tradições Jurídicas E O Controle De Constitucionalidade:** Um Estudo Comparado à Luz Das Experiências Americana, Europeia E Brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 18.

186 BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicuscuriae no processo civil brasileiro:** um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 111.

187 Ibid, p.112-113.

188 LEI nº 6.385/76 , art. 31, §§ 2º e 3º. Lei da CVM. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. >. Acesso em 27/10/2020.

de hipótese que gera polêmica na doutrina, uma vez que, o *amicus curiae* perde sua identidade e função originais, como também, permite que os entes federados, ou organizações representativas possam ingressar como *amicus* no decorrer dos processos judiciais¹⁸⁹.

Nesse sentido, o processo administrativo federal, apesar de não se referir a órgão jurisdicional, o art. 31 da Lei nº 9.784/99 determina que se a matéria abranger assunto de interesse geral, e não havendo prejuízo para a parte interessada, o órgão competente pode motivadamente abrir período de consulta pública para a manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido. Isabel Bisch demonstra que o interesse não é apenas judicial, mas sim político:

Poder Judiciário assumiu, desde cedo, notável influência política, pois suas decisões necessariamente atingiam os interesses de “inúmeras pessoas e entidades”, de tal sorte que a “manifestação de terceiros tornou-se prática frequente”, conforme registra a doutrina ¹⁹⁰

Na legislação brasileira não existe uma definição *una* de quem possa ser esse *amicus curiae* nas audiências públicas do STF, os ministros definem no caso concreto quem possa ser e qual sua participação nas audiências, como na decisão da ADI 3396-DF. Como anteriormente exposto ele é obrigatório em algumas normas, mas facultativo em outras, dando aos ministros da Suprema Corte utilizarem desse instrumento processual como legitimador das suas decisões, justificando assim, o desvio das decisões da seara exclusivamente judicial.

2.2 - O *AmicusCuriae* no Controle de Concentrado de Constitucionalidade

Esse instrumento encontra fundamento no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868 de 1999, na ação declaratória de constitucionalidade e na ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal o *amicus curiae* é um elemento do processo objetivo do controle de constitucionalidade. Esse processo é concentrado e objetivo, portanto, o controle de constitucionalidade de ato normativo é marcado pela impessoalidade, abstração e generalidade.

Assim, no controle objetivo de constitucionalidade não é possível defender ou tentar proteger interesses pessoais ou subjetivos, a participação do *amicus curiae* considera a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, e poderá, por despacho

¹⁸⁹ BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, As Tradições Jurídicas E O Controle De Constitucionalidade**: Um Estudo Comparado à Luz Das Experiências Americana, Europeia E Brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 155.

¹⁹⁰ Ibid, p. 156.

irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Nathalia Masson, traz os seguintes instrumentos possíveis pelo STF para tal controle:

Hoje, pois, o controle concentrado abstrato de constitucionalidade no Brasil – que é realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, na tutela da constituição Federal – possui como instrumentos, que serão detalhados nos próximos itens, os seguintes:

I – a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI – art. 102, I, "a", CF/88);

II – a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC – art. 102, I, "a", CF/88);

III – a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO – art. 103, par.2º, CF/88);

IV – a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF - art. 102, par.1º, CF/88) 191

Mesmo anteriormente à previsão legal, o Supremo Tribunal Federal já admitia a participação de *amicus curiae* em tais processos quando atendia o requisito da objetividade, representatividade e relevância da matéria, Observa-se a ADI-AgR 748/RS:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL – IMPOSSIBILIDADE – ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PECAS DOCUMENTAIS – DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE – IRRECORRIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes. Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicuscuriae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*. Os despachos de mero expediente – como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial expositivo –, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório,

191 MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed.rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1198.

não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (CPC, art. 504).¹⁹²

No processo objetivo o *amicus curiae* não pode defender interesses necessariamente individuais, deve possuir representatividade coletiva para se adequar no processo de controle abstrato de constitucionalidade, quando entidade ou órgão não possuíam tal representatividade seria possível recorrer da decisão que não deu poderes de *amicus curiae* para este representante, no julgamento da ADI 2.130- MC/SC, DJ, 02.02.2001, em que o Ministro Celso de Mello proferiu o seguinte voto, in verbis:

(...) A regra inovadora constante do artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei 9.868/99, que, em caráter excepcional, abrandou o sentido absoluto da vedação pertinente à intervenção assistencial, passando, agora, a permitir o ingresso de entidade dotada de representatividade adequada no processo de controle abstrato de constitucionalidade (...) a admissão de terceiro, na condição de **amicus curiae**, **no processo objetivo** de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de **legitimação social**(...), maior, o exercício de determinados poderes processuais, (...) não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade as suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual(...) 193

Percebe-se que para o Ministro a interpretação e a aplicação da norma possuem origens de atos abstraídos da realidade. O ato de legislar também não ignora os fatos, possuindo a percepção do legislador acerca da realidade, dos eventos sociais, econômicos, e políticos, assim como outros que são considerados na elaboração de uma norma. Gilmar Mendes, baseando-se na doutrina alemã, divide os fatos legislativos em:

Fatos históricos, aqueles que motivaram as deliberações e escolhas legislativas; 2. fatos atuais, abrangendo investigações empíricas e não empíricas (estatísticas, consultas à doutrina especializada, opinião de peritos etc.) a respeito de temas contemporâneos à atividade hermenêutica; 3. e eventos futuros (prognoses), nas situações em que a constitucionalidade – ou não – do ato normativo necessita da

192 ADI-AgR 748/RS, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 01/08/1994, DJ 18/11/1994, p. 31392.

193 ADI 2.130- MC/SC, DJ, 02.02.2001, em que o Ministro Celso de Mello, DJ, 02.02.2001, p. 145.

ocorrência de um prognóstico efetuado pelo Legislativo, ou de uma situação que irá ocorrer. Enquanto nas duas primeiras hipóteses o Judiciário analisa como o Legislativo considerou os fatos, na terceira situação, é examinado o que o legislador previu. 194

A contar dessa classificação, há quem afirme que, quando for demonstrado que o fato ou o prognóstico legislativo não corresponder à realidade, a norma dela decorrente deve ser considerada inconstitucional. Conforme entendimento de Kildare Carvalho “a decisão sobre a legitimidade de dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou de provável verificação de um dado evento”¹⁹⁵.

A admissibilidade da análise de fatos concretos no controle concentrado de constitucionalidade tem sua origem na Suprema Corte dos Estados Unidos, com o denominado *Brandeis-Brief*. Trata-se de uma manifestação formulada pelo advogado Louis Dembitz Brandeis, no caso *Muller vs. Oregon*, em 1908, na qual reservou apenas duas páginas para tratar de questões jurídicas, e cento e dez laudas para analisar as consequências das longas jornadas de trabalho sobre a mulher, se embasaram em situações fáticas que sofrem os efeitos da aplicação da norma¹⁹⁶.

Portanto, com a atuação do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade ocorre a análise e a revisão dos fatos realizadas pelo Legislativo na elaboração das normas. O processo da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade no STF admite expressamente a análise de fatos, por meio do auxílio de pessoas que não são partes no processo. O art. 9º da Lei nº 9.868/99, *in verbis*:

Art. 9º. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública,

194 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 475.

195 CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Processo Constitucional**. 1. ed. Minas Gerais: Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, P.27.

196 BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, As Tradições Jurídicas E O Controle De Constitucionalidade**: Um Estudo Comparado à Luz Das Experiências Americana, Europeia E Brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 33.

ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Redação similar possui o art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99 sobre arguição de descumprimento de preceito fundamental:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Assim, no processo objetivo, é possível que os Ministros tenham o esclarecimento de situações fáticas por meio de consultas a técnicos e especialistas, não sendo necessária a justificativa do desconhecimento de determinada matéria para que seja decretada a sua inconstitucionalidade. Conforme Dirley da Cunha, ao analisar os efeitos da decisão na ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

Não satisfaz ao propósito constitucional, outrossim, cogitar-se de outros meio alternativos, como, por exemplo, a responsabilização do Estado pela recalcitrância de seus órgãos em não suprir a omissão já declarada inconstitucional. O que importa, insista-se, é assegurar a efetividade da Constituição e sua plenitude normativa e não, propriamente, a responsabilização do Estado pelos danos porventura causados a terceiros em decorrência da persistência daquela omissão, que representa providência meramente ancilar no controle de constitucionalidade por omissão. A nota fundamental do controle de constitucionalidade não é gerar responsabilidades, mas sim

suplantar as inconstitucionalidades, para o fim de garantir a supremacia e a integralidade da Constituição. 197

Portanto, a manifestação do *amicus curiae* e a análise de fatos não vinculam, mas apenas auxiliam o julgador em sua decisão, possibilitando a ciência das situações fáticas abrangidas na criação e na aplicação da norma, e dos prováveis efeitos e implicações da decisão. Mas, pelo que foi visto, o controle abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro não mais se resume à verificação de compatibilidade das espécies normativas com as regras e os princípios da Constituição; em diversas situações, é realizado também o exame da relação entre a lei ou o ato normativo com os fatos que sua incidência produz.

Quando se discute um assunto multidisciplinar, são necessários conhecimentos igualmente multidisciplinares para a sua resolução. Tal medida possui destacada importância na defesa da Constituição, ampliando os meios processuais à disposição do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua função de Corte Constitucional. Afinal, o instituto do *amicus curiae* não é rigorosamente observado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e ainda necessita de uma delimitação mais clara, para garantir o seu uso adequado e uma maior segurança jurídica, não só para os atores do processo, mas para todos aqueles que são tutelados pelo direito refletido nas decisões dos Ministros do STF.

3- *AMICUS CURIAE* COMO LEGITIMADOR DE DECISÕES DO STF

Em um momento de grande instabilidade política devida crise do Executivo e do Legislativo federal, observa-se que o STF vem, cada vez mais, ampliando a valorização do sistema de precedentes, a exemplo do que ocorre no *common law*, com intuito de justificar uma maior segurança jurídica para as demandas, com a justificativa de que um julgado possibilitará o seu reflexo em vários outros processos devida relevância de um julgado pelo STF, nesse contexto a participação do *amicus curiae* torna-se fundamental à preservação dos princípios constitucionais.

Para Marroco e Costa¹⁹⁸ os fundamentos determinantes em uma decisão equivalem à *ratio decidendi*, mostra-se como a essência dos fundamentos da decisão ou dos motivos que a determinaram. Essa *ratio* tem como objetivos: delimitar os motivos da

197 CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 1. Ed., 2004, Saraiva, p. 546-547.

198 MARROCO, J. S.; COSTA, R. M. P. (2019) . **Vinculação a precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF)**: análise à luz do Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo, n. 288. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6999/2019_parana_eleitoral_v8_n3.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em: 15 nov. 2020.

decisão e extrair seu significado para o contexto do caso, conferindo assim maior segurança jurídica ao julgado.

Assim, a fundamentação da decisão apresenta um caráter essencial, uma vez que poderá ser impugnada independentemente do parecer final, quando essa decisão for de encontro aos preceitos constitucionais. Com isso, admite-se a reclamação contra decisão que venha a desrespeitá-los, até mesmo das decisões proferidas pela Suprema Corte, que possui o papel fundamental de sua proteção, para Sarlet, Marinoni, Mitidiero:

Os limites objetivos da eficácia vinculante não se restringem ao dispositivo da decisão, abarcando a fundamentação – os fundamentos determinantes – que permitiu a conclusão do Tribunal. Por conta disso, cabe reclamação não apenas contra decisão que, tratando do mesmo ato impugnado, tenha sentido diverso, mas também contra decisão que venha a desrespeitar os fundamentos determinantes ou a tese fixados na decisão da arguição de descumprimento. 199

Concomitantemente, em face da relevância das decisões, bem como a aproximação ao sistema *common law* há a necessidade do cuidado a luz dos posicionamentos proferidos. Esta necessidade de efeito vinculativo da decisão no Supremo, não se confunde com Súmula Vinculante. Pois, a Súmula depende de forma intrínseca e reiterada de diversas decisões de um mesmo objeto. Paralelo a isso, o efeito vinculativo, abstrai de posicionamentos reiterados, de forma a originar sua eficácia a partir do próprio julgado, independentemente de ser singular. Consequentemente, como visto, os fundamentos da decisão apresentam papel determinante no julgado, a fim de minimizar os riscos da insegurança jurídica. 200.

Assim, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista, ou seja, o Ministro é apenas um mediador, onde a interpretação está submetida à consistência singular, podendo fornecer diversas justificativas, ou ainda, aceitar mudanças mediante alternativas racionais. Assim, o processo de interpretação deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. A interpretação normativa torna-se aberta e livre para a sociedade e amplia-se graças aos *amicus curiae*, aptos a proporcionar alternativas de

199 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 749.

200 LEAL, Rosemiro Pereira. A Princiologia Jurídica do Processo na Teoria Neo-Institucionalista. IN: TAVARES, Fernando Horta (Org.). **Direito, Constituição e Processo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 175.

interpretação constitucional. O processo de interpretação constitucional jurídica traduz a pluralidade da esfera pública e da realidade²⁰¹.

O Supremo Tribunal Federal mostra-se criterioso no exame dos pedidos de ingresso nos autos como *amicus curiae* por pessoas físicas, órgãos ou entidades especializadas. Apesar de reconhecer importância da pluralidade de visões que resulta da participação de vários *amicus curiae*, para os Ministros a admissão daqueles deve respeitar a premissa de efetiva utilidade, necessidade e representatividade dessa intervenção

Nesse diapasão, o STF considerou irrecurável o pedido de admissão do *amicus* nos autos, no Recurso Extraordinário 602.584-DF que possuía como *Am. Curiae* o: Estado do Rio Grande Do Sul e Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), negou a outros postulantes a terceiro o ingresso no recurso por não serem considerados interessados, o Ministro Marco Aurélio, fez um resumo das atribuições necessárias para que alguém possa ser considerado *amicus curie* e como seu conceito, como anteriormente exposto foi sendo modificado, agora esse *amicus* deve ser parcial e interessado, no entendimento do Min. Marco Aurélio:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO SUBJETIVO. PEDIDO DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE. INTERESSE INSTITUCIONAL COLABORATIVO E DEMOCRÁTICO. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE JURÍDICA. IRRECORRIBILIDADE. ART. 138 DO CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO. **1. Cabe ao amicus oferecer sua opinião sobre a causa, sobretudo nas questões técnico-jurídicas de maior complexidade.(...)**2. O instituto do **amicus curiae, historicamente, caracterizava-se pela presunção de neutralidade** de sua manifestação, tanto na experiência romano-germânica, quanto na tradição anglo-saxônica. 3. (...) elementos de fato e de direito que, por qualquer razão, **escapassem do conhecimento dos juízes, assegurando a paridade de armas entre as partes**, atuando de forma presumidamente imparcial. 4. A experiência norte-americana demonstra que os **amicuriae ao longo do tempo perderam sua presumida imparcialidade(...)** pode eventualmente ser obstado em nome do bom funcionamento da jurisdição, **conforme o crivo do relator, (...)****análise do binômio necessidade-representatividade.(...)**11. **A**

201 HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional, A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 42-43.

irrecorribilidade da decisão do Relator que denega o ingresso de terceiro na condição de *amicus curiae* (...)202

Percebe-se uma mudança na forma de utilização e posteriormente na forma de inclusão destes *amicus curiae* nos processos, ele deixa de ser um instrumento fundamental no processo devido a sua natureza exclusivamente técnica e de neutralidade para ser obrigatoriamente parte técnica desses processos, perdendo assim a sua originalmente consagrada instrumentalidade para decisões dos Ministros do STF.

3.1 – A mudança de paradigma com a ADI 3396-DF

Vale destacar que a decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3396-DF pelo STF, que tratava de decisão sobre a ingresso de pessoa física na qualidade de *amicus curie* em processo objetivo na Suprema Corte foi irrecorrível, o *amicus* pode ser pessoa natural ou jurídica, desde que tenha representação como fator indispensável, excluindo pessoa física, mesmo que esse demonstre possuir representatividade.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Trata-se de recurso de agravo interposto contra decisão que não admitiu, na posição de "amicus curiae", a intervenção do Procurador da Fazenda Nacional ora agravante, pelo fato de tal recorrente não se ajustar à condição especial exigida pelo § 2º do art. 7º da Lei nº 9.868/99, que se mostra inaplicável às pessoas físicas (ou naturais) em geral.

Inconformada com essa decisão, a parte ora agravante interpõe o presente recurso, postulando o seu formal ingresso, neste processo, como "amicus curiae", em ordem a nele praticar todos os atos inerentes a essa condição processual, notadamente para promover a sustentação oral de suas razões na presente causa. Alega, para tanto, em suas razões recursais, em síntese, o que se segue (fls. 749):

(...) O art. 133 da Constituição Federal de 1988, consagra que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inconstitucional interpretação restritiva, literal, da art. 7º, § 2º, da Lei Federal nº 9.868/1999. 203

202 STF - AgR RE: 602584 DF - DISTRITO FEDERAL, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 17/10/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-065 20-03-2020.

203 ADI 3396 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 13-10-2020 PUBLIC 14-10-2020.

Nessa ADI o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 06 de agosto de 2020, decidiu que é admissível recurso contra decisão que nega ingresso de *amicus curiae* em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Por decisão majoritária, negou provimento a agravo regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3396-DF, interposto por um cidadão contra decisão monocrática do ministro Celso de Mello, que havia negado sua participação no processo. O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o indeferimento do *amicus curie* no processo é recorrível, mas que pessoas físicas não podem ter ingresso admitido em ADI, pois é necessário que em audiência ele tenha a representatividade adequada para ser *amicus*.

CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – DECISÃO QUE FUNDAMENTADAMENTE NÃO ADMITIU A INTERVENÇÃO, COMO “AMICUS CURIAE”, DE PESSOA FÍSICA – AUSÊNCIA DE REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA – IMPOSSIBILIDADE DE DEFENDER, EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, DIREITOS E INTERESSES DE CARÁTER INDIVIDUAL E CONCRETO – LEGITIMIDADE DAQUELE QUE NÃO É ADMITIDO COMO “AMICUS CURIAE” PARA RECORRER DESSA DECISÃO DO RELATOR – AGRAVO INTERNO CONHECIDO – RECURSO IMPROVIDO

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR ‘AMICUS CURIAE’. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. INTERPRETAÇÃO DO § 2º DA LEI N. 9.868/99. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é assente quanto ao não-cabimento de recursos interpostos por terceiros estranhos à relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. 2. Exceção apenas para impugnar decisão de não-admissibilidade de sua intervenção nos autos. 3. Precedentes. 4. Embargos de declaração não conhecidos. 204

Decisão essa contrária ao artigo 7º da lei 9869/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal. Em ADI, cabe, exclusivamente ao relator a admissão do *amicus curiae*, sendo irrecorrível a decisão do relator. *In verbis*.

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

204 ADI 3396 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 13-10-2020 PUBLIC 14-10-2020.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Segundo decisão da ADI 3396-DF, contra as decisões dos relatores cabe agravo, observa-se que tal julgado vai de frente à lei 9869/99, mas para o STF se aplicam ao processo objetivo desde que possuindo representatividade adequada podendo intervir nos feitos do processo, antes a decisão era irrecorrível para a admissão em tais feitos, assim a pessoa natural poderia intervir recurso extraordinário subjetivo, este da alçada do Superior Tribunal de Justiça (STJ), não trazendo para o processo carga objetiva de repercussão geral, onde essa demonstração da objetivação jurídica torna-se necessária para que o STF possa realizar a uniformização da jurisprudência, nota-se que ao mudar as regras do jogo o STF traz para si obrigações e poderes com a justificativa de dirimir a crise das instituições democráticas.

CONCLUSÃO

A intervenção do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade é utilizado como instrumento de maior segurança jurídica nas decisões da Suprema Corte devido seu papel de fiscalizador constitucional democrático e de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Buscou-se mostrar a necessidade de melhorias na legislação sobre como os Ministros do STF utilizam desses instrumentos legitimadores.

Mostra-se necessário que o *amicus curiae* tenha sua representatividade aceita, não por representar uma ideologia política, mas como alguém que possa enriquecer os temas debatidos na Suprema Corte e de interesse de toda a coletividade, observa-se na utilização do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 como justificador de excludente do *amicus curiae* por ser pessoa física por não respeita a efetiva utilidade, necessidade e representatividade dessa intervenção, ser uma excludente muito aberta a debates, pois muitas vezes os grupos de interesse coletivo não representam sequer o interesse da coletividade ou o direito objetivo de determinado grupo que deveriam representar.

Em tal ADI a dúvida está no fato de como é feita a seleção para quem é legitimado ou não para ser *amicus curiae* e assim passar a fazer parte do processo, podendo inclusive fazer sustentação oral sobre fato, quem são aqueles escolhidos para ter representação? Quais as regras do jogo para que pessoa física que tenha representação entre no processo? Percebe-se não haver uma definição objetiva de quais pessoas poderiam participar do processo utilizando de tal representatividade, este termo é indefinido, deixando em aberto

para os ministros do STF definirem em caso concreto qual melhor *amicus* para interesses subjetivos.

Para respeitar o direito objetivo é necessário analisar a subjetividade da vontade dos ministros, uma vez que, algumas entidades possam demonstrar somente interesses de alguns de seus membros, ou de políticos, enquanto uma única pessoa com grande representatividade possa demonstrar o interesse de uma coletividade, como o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Presidente da República e o Presidente do Congresso na ADI 3396-DF. Faz-se necessário que a abertura dos processos para estes *amicus curiae* sigam a forma mais democrática possível, buscando a maior pluralidade cultural e de ideias para evitar o uni direcionamento das decisões.

Com as modificações das regras do jogo, não há uma garantia de que o Direito seja respeitado, mudar o processo também é uma forma de não respeitar o Direito, assim os Ministros do STF, ao não definirem em regras codificadas como deve ser o processo de utilização do *amicus curie*, acabam por utilizar esse instrumento processual como forma de controle das suas aspirações políticas, econômicas e culturais, impositivamente sobre a sociedade, com a justificativa de estarem guardando a Constituição, assim, guardando a democracia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In MIRANDACOUTINHO, Jacinto Nelson; FILHO, Roberto Fragale; LOBÃO, Ronaldo (org.). **Constituição&AtivismoJudicial. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris,2011.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo, Saraiva, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. **LEI 9.868 de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade - AgR748/RS** – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. j. 01/08/1994, DJ 18/11/1994, p. 31392.

Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747786/agregna-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-agr-748-rs>>. Acesso em: 21nov.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3396 ADI** - DF 0000211-74.2005.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 06/08/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/10/2020. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/945641845/agreg-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3396-df-0000211-7420051000000>> Acesso em: 10dez.2020.

BRASIL. LEI nº 6.385/76. Lei da CVM. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. >. Acesso em 27/10/2020.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BISCH, Isabel Da Cunha. **O AmicusCuriae, As Tradições Jurídicas E O Controle De Constitucionalidade**: Um Estudo Comparado à Luz Das Experiências Americana, Europeia E Brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicuscuriae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUENO. Cassio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 1. 1.ed.São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ªed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Processo Constitucional**. 1. ed. Minas Gerais: Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. **Processos coletivos e políticas públicas**: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 1. Ed., 2004, Saraiva.

DWORKIN *apud* BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Legitimidade democrática e Instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GOUVEIA, Alexandre Grassano F.; SALINET, Francisco Cesar. Comentários à nova Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9784/99). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/409>. Acesso em: 21 out. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico**. 7. ed. de. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

LEAL, Rosemiro Pereira. A Principiologia Jurídica do Processo na Teoria Neo-Institucionalista. IN: TAVARES, Fernando Horta (Org.). **Direito, Constituição e Processo**. Curitiba: Juruá, 2006.

LEMOS JÚNIOR, Eloy & BATISTA, C. (2019). Precedentes judiciais e o sistema jurídico brasileiro de tradição civil law. **Revista Direito Em Debate**, 27(50), 50-63. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2018.50.50-63>. Acesso em nov. 2020.

MARROCO, J. S.; COSTA, R. M. P. (2019). Vinculação a precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF): análise à luz do Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, n. 288. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6999/2019_parana_eleitoral_v8_n3.pdf?sequence=1&isAllowed=y> acesso em: 15 nov. 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed.rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar; Branco; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Jadson Correia de. **O controle cooperativo de constitucionalidade das normas através das audiências públicas e da atuação do *Amicus Curiae* na jurisdição constitucional**. 2014. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/542>. Acesso em: 22 out. 2019.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do Precedente e Segurança Jurídica**. 2019. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA FILHO, Luciano Marinho de Barros e. *Amicuscuriae*: instituto controvertido e disseminado no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista jurídica Justilex**, Brasília, n. 67, p. 35-37, jul. 2007.

ANÁLISE DOS SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAL NO CONTEXTO JURÍDICO

PAULO HENRIQUE BORGES DE SOUSA

RESUMO: A pesquisa em questão visou demonstrar a importância dos serviços notariais e registral para o âmbito jurídico. Este trabalho foi realizado, quanto ao tipo por meio de um estudo de natureza qualitativa apoiando-se em técnicas de coleta de dados, também qualitativas, de cunho bibliográfico, descritivo-exploratória e documental. Diante das informações apresentadas pode-se observar o desenvolvimento e as principais características do serviço notarial e registral, assim como os aspectos jurídicos que fundamentam a aplicação desses serviços junto a sociedade são de extrema importância para o âmbito jurídico. Verifica-se também quais são as atividades mais presentes junto a sociedade que são solicitadas junto aos profissionais de tal segmento.

Palavras-chave: Serviço notarial. Serviço registral. Sigilo profissional. Segurança jurídica.

ABSTRACT: The research in question aimed to demonstrate the importance of notary and registry services for the legal scope. This work was carried out, regarding the type through a qualitative study based on data collection techniques, also qualitative, of bibliographic, descriptive-exploratory and documentary nature. Given the information, it is possible to observe the development and the main characteristics of the notary and registration service, as well as the legal juridical principles that support the application of these services to society are extremely important for the legal scope. It also verifies which activities are most present in society that are requested from professionals in that segment.

Keywords: Notary service. Registry service. Professional secrecy. Legal certainty.

1 INTRODUÇÃO

Dentro do ambiente jurídico existem algumas atividades que passaram a ser consideradas de extrema importância, como é o caso dos serviços notariais e registral, os mesmos são apontados de suma importância no processo de reconhecimento de atividades empresariais ou pessoais. Assim como tem a responsabilidade de consolidar determinadas medidas realizadas junto a sociedade.

De acordo com o art. 236, da CF/88, os serviços notariais e de registro são aqueles exercidos a nível privado, mediante delegação do poder público. Ademais, leis devem regular a atividade, a responsabilidade dos agentes responsáveis, bem como a fiscalização do serviço e estabelecimento dos emolumentos dos atos praticados (BRASIL, 1988).

Ao longo do trabalho serão destacadas as principais informações sobre o desenvolvimento do serviço notarial e registral, assim como consolidar de que forma suas atividades são aplicadas junto a sociedade, buscando esclarecer possíveis dúvidas e descrever alguns aspectos jurídicos importantes do processo que envolvem esses serviços. Diante do que foi exposto, o presente estudo buscou responder o seguinte questionamento: Qual a importância dos serviços notariais e registral para o âmbito jurídico?

Este trabalho foi realizado, quanto ao tipo por meio de um estudo de natureza qualitativa apoiando-se em técnicas de coleta de dados, também qualitativas, de cunho bibliográfico, descritivo-exploratória e documental.

2 FATOR HISTÓRICO

Até o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o serviço notarial e registral era regulado, apenas, pela Lei nº 6.015/1973, conhecida como Lei dos Registros Públicos. Porém, apesar da existência da lei, o serviço necessitava de uma maior regulação e fiscalização, motivo pelo qual, após diversas reclamações dos trabalhadores do setor, o poder constituinte acabou por inserir, no texto da nova constituição, um artigo com vistas a regulamentar o setor (MATOS, 2013).

Apesar do serviço estar contido no texto constitucional, muitas lacunas ainda eram percebidas pois, para a norma ter eficácia, seria necessária a elaboração das referidas leis para tratar dos assuntos não previsto na CF/88. Ademais, os doutrinadores passaram a interpretar a constituição de forma ambígua, face à natureza da função: pública e (MATOS, 2013).

Assim, o Poder Legislativo, com vistas a suprir as lacunas existentes, editou as Leis nº 8.935/2004 e nº 9.492/97. Aquela, conhecida como Lei dos Notários e Registradores, foi editada para dar eficácia ao art. 236, da CF/88. Essa, conhecida como Lei de Protestos, veio a complementar a legislação do serviço, junto aos preceitos do Código Civil Brasileiro, editado em 2002 (GIANULO, 2009).

Os serviços notariais e registrais, face aos novos aparatos legislativos, somado à morosidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário brasileiro, tornou-se uma importante fonte de desjudicialização de demandas, uma vez que são capazes de garantir a efetivação dos pedidos bem como o seu cumprimento (SIQUEIRA; ROCHA; SILVA, 2018).

Não se trata, apenas, de serviços burocráticos, mas de uma forma de garantir vários princípios consagrados pela constituição, principalmente o da dignidade da pessoa humana, equidade entre as pessoas e o da paz social. A atividade é altamente relevante, apesar de ser palco de inúmeros debates, principalmente sobre a responsabilidade civil dos notários e registradores (MATOS, 2013).

3 CONCEITO

Os serviços notariais e registrais são aqueles exercidos em caráter privativo, através de delegação do Poder Público, com finalidade de organização técnica e administrativa destinadas a garantir, de acordo com o art. 1º, da Lei nº 8.935/94, a “publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos” (BRASIL, 1994).

Trata-se de um serviço público com características do setor privado. Isso ocorre, pois, esse tipo de atividade possui competências do setor público prestadas de forma privada, por pessoas aprovadas em seleção pública, como abordado anteriormente (SIQUEIRA; ROCHA; SILVA, 2018).

A atividade é desenvolvida de forma independente, porém, apesar de não existir subordinação hierárquica, é fiscalizada e controlada pelo Poder Judiciário. Assim, pode-se afirmar que se trata de uma independência relativa, por ser adjacente ao judiciário (LOUREIRO, 2016).

4 DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL

Trata-se de atividade desenvolvida por pessoas aprovadas em concurso público de provas e títulos, sendo vedado que uma serventia fique vaga, sem “abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses” (BRASIL, 1988). Os aprovados são chamados de notários ou tabeliões, oficial de registro ou registradores, sendo profissionais do direito, dotados de fé pública (BRASIL, 1994).

Aos notários, cabe formalizar, juridicamente, a vontade das partes, através da realização de ato notarial pelo responsável, através de registros em livros, que podem ser escritos à mão ou impressos, sempre seguindo as regras previstas na legislação sobre o assunto. Ademais, a eles cabe, também a função de intervir em atos e negócios jurídicos, para que sejam executados da melhor forma, equilibrando o desejo das partes e os preceitos legais. Trata-se de uma tarefa que pode ser realizada pelo próprio notário ou por seus prepostos (MATOS, 2013).

A terceira e última função dos notários, previstas em lei, corresponde à autenticação de fatos (BRASIL, 1994). Trata-se de autenticar negócios jurídicos, pois corresponde a um desejo das partes envolvidas em alcançar a satisfação de algo pretendido. Essa autenticidade pode ser dada pelo notário ou prepostos, desde que exista legalização prévia, mediante autorização judicial da lista de prepostos (MATOS, 2013).

Com relação às atribuições exclusivas dos Tabeliães de notas, a Lei nº 8.935/94, em seu art. 7º, elenca cinco atividades, quais sejam: lavras escrituras e procurações públicas; lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados; lavras atos notariais; reconhecer firmas; e autenticar cópias (BRASIL, 1994).

Em que pese tratar de um rol de atividades taxativas, doutrinadores enumeram atos que não constam no texto da lei, tais como:

(...) a competência para expedir traslados e certidões, a que a lei citada aludiu apenas no art. 10, IV (expedição de traslados e certidões), e no art. 11, VII (expedição de certidões), ao regular as atribuições dos tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos, bem assim, em seguida, as dos tabeliães de protesto de títulos (SILVA, 2000, p. 2).

Ademais, o autor faz uma ressalva quanto à distinção, pela lei, entre escrituras, procurações e testamentos. Para ele, de acordo com as normas que regem o Direito Notarial, escritura pública engloba procuração e testamento públicos, motivo pelo qual, não deveria existir essa diferenciação (SILVA, 2000).

5 A INDEPENDÊNCIA DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

Como abordado anteriormente, até o advento da CF/88, a função de notário e registrador estava subordinada aos juízes. Contudo, com a Carta Magna e demais legislações sobre o tema, passaram a ser exigida formação superior em Direito, o que conferiu certa independência aos profissionais no âmbito da execução de suas atividades (REBELLO-PINHO, 2018).

Antes da independência prevista constitucionalmente, os profissionais atuavam de forma centralizada ao Poder Judiciário Estadual, subordinando-se aos entendimentos dos juízes, sendo vistos como meros serventuários da justiça. Com elenca ORLANDI (2003, p. 333),

Os titulares dos serviços estavam sujeitos ao mesmo regime. Vinculados diretamente ao Poder Judiciário, contratavam seus funcionários pelas normas já referidas. Os serviços eram chamados extrajudiciais, como forma de separá-los dos serviços judiciais, isto é, daqueles ligados à atividade jurisdicional. Cartórios judiciais e extrajudiciais compunham, assim, a infraestrutura do Poder Judiciário, cada qual com seu campo de atuação.

Desta feita, a independência do notariado e dos registros públicos ocorreu por descentralização constitucional, tornando-os autônomo do Poder Judiciário. Essa independência está prevista, inclusive, na própria Lei dos Notários e Registradores, na medida em que lhes incumbe fé pública e independência no exercício de suas funções jurídicas, uma vez que são profissionais do Direito (BRASIL, 1994).

Ademais, o art. 21, da supracitada Lei, estabelece que todo o gerenciamento financeiro dos serviços incube ao seu titular, demonstrando, mais uma vez, a sua independência. Nas palavras de Rebello-Pinho (2018, p. 88):

O notário e o registrador são em geral CEOs das organizações administrativas e técnicas que, sob seu comando e responsabilidade, produzem o direito notarial e registral, havendo ainda os registradores e notários mais autorais, no sentido de Posner, especialmente nos cartórios com equipes menores.[...] Ou seja, é independente jurídica e administrativamente, sendo de sua responsabilidade exclusiva estabelecer o gerenciamento no regime de direito privado, o que aumenta a rapidez na implementação das decisões gerenciais, do registro ou das notas que lhe foram delegadas.

Desta forma, resta evidente que, os notários e registradores são independentes do Poder Judiciário, podendo gerir o serviço da forma que achar vantajosa, apesar de que, para a prática de alguns atos seja necessária a autorização judicial, como a nomeação de prepostos.

6 DO SIGILO PROFISSIONAL

O sigilo dos notários e registradores quanto aos atos exercidos na profissão, está previsto no art. 30, da Lei nº 8.935/94, que trata dos deveres ao serem observados ao longo do exercício de suas atribuições. No inciso VI, do referido artigo, resta nítido o dever dos

profissionais de guardar sigilo sobre “a documentação e os assuntos de natureza reservada de quem tenham conhecimento em razão do exercício de sua profissão” (BRASIL, 1994).

Trata-se de um dever que está intimamente ligado ao princípio da publicidade, que tem como função garantir a transparência dos atos públicos. Contudo, apesar dos notários e registradores terem o dever de publicidade, essa não se enquadra quando se trata de conteúdos que requeiram sigilo, tampouco pode ocorrer de forma não oficial (MATOS, 2013).

Assim, apesar de terem o dever de publicidade de atos praticados nos cartórios, devem fazê-la apenas para os atos previstos em lei e da forma legalmente prescrita, caso contrário, sofrerá infrações disciplinares e sofrerá penalidades, como exemplifica o art. 31, IV, da Lei nº 8.935/94. As penalidades podem ser de repreensão, multa, suspensão da atividade e até perda da delegação, a depender da gravidade da infração e de sua reincidência (BRASIL, 1994).

7 DA FÉ PÚBLICA

A fé pública é um dos principais pelos quais são regidas as atividades notariais e registrais. A CF/88 conferiu o poder, aos profissionais, de atuar como representantes do Estado Brasileiro quando da execução de suas atividades. Está prevista, infraconstitucionalmente, na Lei nº 8.935/94, precisamente em seu art. 3º, em que os notários e registradores são reconhecidos como profissionais do direito dotados de fé pública (BRASIL, 1994).

Os notários exercem funções que devem seguir os ditames da justiça, segurança jurídica e igualdade. Dessa maneira, a lei lhes conferiu o poder de ter como verdadeiro aquilo que atestam, semelhante ao que está previsto em uma lei. Uma cópia de documento autenticada em um cartório de notas, por exemplo, é tida como verdadeira, pois o notário goza de fé pública (IRIB, 2020).

Os notários e registradores também possuem fé pública reconhecida pelo CC/02 e pelo Código de Processo Civil, em que expressamente constam que as certidões e traslados emitidos por tais profissionais gozam de validade, como se originais fossem sendo prova suficiente das informações constantes no documento, demonstrando que, apesar da atividade possuir características do setor privada, os profissionais gozam da fé pública dada aos funcionários públicos (MIRANDA, 2010).

8 SEGURANÇA JURÍDICA E AUTENTICIDADE

A segurança jurídica e autenticidade do serviço notarial e de registro, está baseada na fé pública conferida aos agentes que atuam no serviço. A Fé notarial, pode ser extrajudicial ou extra-estatal, e corresponde à confiança que é dada ao povo sobre os atos praticados pelo serviço notarial e de registro. Por serem agentes que atuam regulamentados pelo Estado, passam a imagem de segurança à população que procura os serviços prestados nos cartórios (ZONTA, 2014).

Para que os atos sejam considerados autênticos, garantindo sua segurança jurídica, é necessário que sejam praticados de acordo com as determinações prevista em lei, formalizando, assim, todos os negócios jurídicos, atos e registros praticados. Assim, trata-se de um serviço que garante a autenticidade de um documento ou firma, apesar de existir casos em que funcionários dos cartórios usam da má-fé para fazer parecer autêntico documentos falsos. Contudo, tais atitudes são punidas administrativa, civil e penalmente (SCHMOLLER; FRANZOI, 2020).

Assim, nas palavras de Ceneviva (2010, p. 92),

A lei usa o verbo para reconhecer e autenticar, para demonstrar a diferença entre cotejar a firma apresentada, com outra lançada em documento da serventia e a de afirmar que uma certa cópia é a reprodução integral e correta do documento ao qual se refere. (...) O reconhecimento de firmas, só é possível a contar de fichário que contenha padrões das assinaturas a reconhecer, para poder indicar se a firma é autêntica, quando não lançada na presença do titular ou de substituto autorizado. Assim, é porque o verbo reconhecer corresponde a afirmar a coincidência gráfica, visível a olho nu, entre a assinatura no documento apresentado e aquela que foi previamente lançada nas fichas de serviço.

Percebe-se que todo o trabalho feito em tais repartições, devem seguir estritamente regras previamente estabelecidas, pois nenhum serviço possui garantia de não passar por fraudes. Assim, os notários e registradores devem tomar todos os cuidados ao receber documentos e identificá-los como autênticos. Caso identifiquem tentativas de fraudes por parte do cliente, devem comunicar, imediatamente, a autoridade policial, que tomará as medidas cabíveis relacionadas ao crime que se queria praticar (SCHMOLLER; FRANZOI, 2020).

Assim, além de ser nítida a relação da segurança jurídica e autenticidade com a fé pública, também deve ser entendida como um sistema que visa evitar fraudes, protegendo o princípio da segurança jurídica (ZONTA, 2014).

9 DO ALCANCE SOCIAL

O serviço de notas e registro público é visto, muitas vezes, como o orientador de parte da população que não possui acesso a qualquer tipo de assistência técnica, principalmente a jurídica. Ou seja, possui um papel de harmonizador, sendo capaz, por exemplo, de evitar litígios que não necessitam da intervenção do poder judicial, demonstrando a segurança jurídica do serviço (RIBEIRO NETO, 2008).

Assim,

Quando por diversas situações, as pessoas leigas de seus direitos ou de como agir diante de uma situação, recorrem a uma serventia extrajudicial, emanadas de dúvidas, assim confidenciam seus problemas, e mencionando o que ocorre por muitas ocasiões na serventia em que trabalham, onde às vezes a parte precisa apenas de alguém que lhe escute, e possa sanar suas dúvidas, fazendo perceber que a atividade notarial e registral tem a sua abrangência em sua função social, quando serve de apoio e orientação a quem dela procura (SCHMOLLER; FRANZOI, 2020, p. 1).

Ademais, muitos atos praticados nos cartórios são gratuitos para a população que preencher requisitos previstos em lei, com por exemplo, a primeira via de certidões de registro de nascimento, pois são atos que garantem a cidadania e a dignidade humana. Em que pese a gratuidade não abranger toda a população brasileira, todas as custas e emolumentos cobrados possuem valor inferior aos praticados nas vias judiciais, o que encoraja a população a procurar os cartórios para solução de determinadas lides. Trata-se de uma verdadeira pacificação social, pois não há necessidade de buscar o judiciário para solucionar determinados conflitos, sendo garantidos toda a segurança e sigilo da ação (SIQUEIRA; ROCHA; SILVA, 2018).

Trata-se de verdadeira instrumentalização do Direito, pois os notários e registradores atuam, de forma direta, para o alcance da vontade das partes, evitando muitas vezes, litígios desnecessários. Assim, os profissionais gozam da confiança da população pois o próprio Estado os confiou a atividade que realizam (SCHMOLLER; FRANZOI, 2020).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das informações apresentadas pode-se observar o desenvolvimento e as principais características do serviço notarial e registral, assim como os aspectos jurídicos que fundamentam a aplicação desses serviços junto a sociedade são de extrema importância para o âmbito jurídico. Verifica-se também quais são as atividades mais presentes junto a sociedade que são solicitadas junto aos profissionais de tal segmento.

Um dos pontos de maior impacto junto ao ambiente jurídico consiste nos princípios que devem ser respeitados pelos profissionais a fim de consolidar ainda mais a eficiência das atividades promovidas junto aos órgãos devidos. Sendo observado e avaliado a postura profissional que deve ser desempenhada junto as rotinas e atividades junto aos órgãos.

Portanto, o serviço notarial e registral, busca também contribuir para o princípio do devido processo legal e a celeridade da justiça, que muitos casos, somente com serviço daquele é possível resolver lides e assuntos, sem necessitar da morosidade judiciária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. _____. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

CENEVIVA, W. **Lei dos registros públicos comentada**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIANULO, W. **Registros públicos**: legislação notarial e de registro detalhada e integrada com normas e procedimentos. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2009.

IRIB. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. **Sobre a Fé Pública**. Disponível em: <https://www.irib.org.br/obras/sobre-a-fe-publica>. Acesso em: 10 nov. 2020.

LOUREIRO, L. G. **Registros públicos: teoria e prática**. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MATOS, C. G. **A responsabilidade civil dos notários e registradores**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina. Araranguá, 2013.

MIRANDA, M. A. **A fé pública notarial e registral em face da Teoria da Prova**. Conteúdo Jurídico, 2010. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/coluna/619/a-fe-publica-notarial-e-registral-em-face-da-teoria-da-prova>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

ORLANDI, N. **Serviços notariais e de registro**. In: FREITAS, V. P. Corregedoria do Poder Judiciário, RT, 2003.

REBELLO-PINHO, R. V. P. **A independência jurídica do notário e do registrador**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2018.

RIBEIRO NETO, A. C. **O Alcance Social da Função Notarial no Brasil**. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

SCHMOLLER, F.; FRANZOI, F. **A importância da atividade notarial e registral**. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/2018/07/04/artigo-a-importancia-da-atividade-notarial-e-registral-por-francielli-schmoller-e-fabrisia-franzoi/>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SILVA, J. T. **Nulidade dos atos notariais por incompetência do tabelião**. Belo Horizonte, 2000. Disponível em: <http://www.6oficiobh.com.br/incompetencia_territorial_tabeliao.pdf> Acesso em: 10 nov. 2020.

SIQUEIRA, D. P.; ROCHA, M. L. S.; SILVA, R. I. C. Atividades notariais e registrares, judicialização e acesso à justiça: o impacto da desjudicialização para concretização dos direitos de personalidade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 18, n.1, p. 305-334, 2018.

ZONTA, F. **Dos princípios de regência dos serviços notariais e de registro**. 2014. Disponível em: <[https://www.tabelionatofischer.not.br/noticias/area-notarial/dos-principios-de-regencia-dos-servicos-notariais-e-de-registro-fabio-zonta-2#:~:text=DA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA%20DOS%20ATOS,dotados%20de%20f%C3%A9%20p%C3%BAblica%20\(Art](https://www.tabelionatofischer.not.br/noticias/area-notarial/dos-principios-de-regencia-dos-servicos-notariais-e-de-registro-fabio-zonta-2#:~:text=DA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA%20DOS%20ATOS,dotados%20de%20f%C3%A9%20p%C3%BAblica%20(Art)>. Acesso em: 10 nov. 2020.

FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO PENAL

LUCAS RABELO DORNELES VIEIRA:

Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA²⁰⁵

(orientador)

RESUMO: Este trabalho tem como sustentação os resultados colhidos em uma pesquisa bibliográfica, tendo como objetivo a análise da prescrição penal a partir da Lei nº 12.234/2010 e seus conceitos coadjuvantes. Utilizou-se de análise documental de artigos e demais trabalhos acerca da regulamentação nacional que remete ao tema prescrição penal, no período compreendido entre os anos de 2010 a 2020. As fontes literárias foram livros e artigos, físicos e disponibilizados em meio eletrônico, com temática específica sobre a prescrição penal no âmbito da legislação brasileira. Frente à complexidade desse tema, é possível denotar que o debate acerca deste assunto ganhou relevância e destaque com a revisão da prisão em segunda instância por parte do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, verifica-se que a prescrição penal se alicerça sobre outros sistemas e dispositivos de punibilidade, logo, falar de prescrição requer partir para seu outro extremo, que é a punição, pois, é dela que são oriundas as mais diferentes estratégias institucionais de controle e vigilância dos indivíduos. Ficou demonstrado que a prescrição penal é produzida por orientações coletivas, reforçadas não somente em regulamentações oficiais, mas também por diferentes práticas sociais que enfatizam ações jurídicas, e, por isso, a prescrição penal não poder ser entendida separadamente das práticas de punibilidade decorrentes da ação penal cabível.

Palavras-Chave: Prescrição; Penal; Punição.

INTRODUÇÃO

O conteúdo disposto no presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo primário, demonstrar os efeitos jurídicos e as consequências diretas da prescrição penal no direito brasileiro. A escolha pela análise dessa matéria se deu em decorrência da sua importância e relevância social. Com isso, buscou-se um melhor entendimento dos

²⁰⁵ Mestre em prestação jurisdicional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Universidade Federal do Tocantins. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus/DF, em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT. E-mail: wellington.gomes@catolica-to.edu.br

diferentes sentidos da prescrição penal a partir da Lei nº 12.234/2010 alojados na estrutura jurídica brasileira.

Foi necessário reunir um conjunto de documentos oficiais, textos, artigos, dissertações e anotações de seminários, palestras e conferências sobre este tema, o que foi configurando a explicitação dos propósitos investigativos deste estudo.

A problematização desse trabalho se debruçou em analisar a Lei nº 12.234/2010, como um movimento de contradições e paradoxos, como um dos mecanismos de poder que controla, normatiza e pune os indivíduos. Deixa evidente, na medida do possível, que a mudança na legislação está na ordem da lei e que sua reprodução, também é controlada, selecionada e redistribuída por procedimentos que apontam para sua busca de eficiência.

Em sua delimitação, enquanto vinculação ao projeto investigativo já enunciado decidiu-se, como recorte, dimensionar a Lei nº 12.234/2010 sobre prescrição penal no Brasil, no período compreendido entre os anos de 2010 a 2020, tendo como foco as nuances dessa legislação. Nesse sentido, cabe salientar que, no dia 06 de maio de 2010 entrou em vigor a Lei 12.234/2010. São apenas quatro artigos, mas que alteram consideravelmente algumas modalidades de prescrição no Direito Penal brasileiro, alterando, assim, os artigos 109 e 110 do Código Penal.

No que tange ao conceito de prescrição, pode-se dizer que é uma das modalidades de extinção da punibilidade. É de conhecimento que o Estado tem o poder de punir. Assim sendo, na medida em que ocorre uma infração penal surge para o Estado a responsabilidade de investigar e logo em seguida punir com o menor lapso de tempo o autor dessa conduta.

Atualmente, a legislação brasileira prevê quatro modalidades de prescrição, sendo três delas relacionadas à prescrição da pretensão punitiva (PPP) – quais sejam: prescrição em abstrato (ou propriamente dita), prescrição intercorrente (ou interveniente) e prescrição retroativa – e uma de prescrição da pretensão executória (PPE), que ocorre quando o Estado perde o poder punitivo em decorrência do tempo, a execução de uma pena já aplicada.

Espera-se que os resultados destes estudos possam subsidiar novas pesquisas que contribuam para melhoria sistema jurídico penal, além de oferecer elementos de análise política públicas nesta área.

2- POSSIBILIDADE DA EXTINÇÃO PUNITIVA

Ainda que se considere o fato de o ente estatal ter tomado para si a prerrogativa do direito punitivo, onde trouxe para si todas as responsabilidades pertinentes à persecução penal, a referida entidade teve o cuidado de condicionar esse poder, por meio

da instituição no ordenamento jurídico, das causas que possibilitam a extinção do poder punitivo.

Tais causas extintivas da punibilidade, como estão descritas, tem previsão no rol não taxativo do artigo 107 do CP. Sendo a inicial, o óbito do agente, que se fundamenta no princípio *mors omnia solvit*, que significa dizer que após a morte do agente delituoso tudo é apagado ou dissolvido, considerando a impossibilidade de aplicação da sanção penal a quem for descendente do praticante do ato ilícito, em que pese o princípio constitucional de que nenhuma pena será transferida para outrem.

Outras formas de extinção da punição são a anistia, o indulto e a graça. A anistia decorre por meio de lei, onde o ato ilícito é eliminado, o indulto, se caracteriza por excluir somente a possibilidade de punição de um aglomerado de agentes condenados e não o ato ilícito, no caso da graça, a exclusão da punição, é dada de forma total ou parcial para um agente determinado.

Outra forma extintiva da pena é a *abolitio criminis*, ou retroatividade legal. Essa teoria não entende um fato criminoso como tal, e se encontra amparada no artigo 107 inciso III, no Código Penal.

A possibilidade é extinta ainda, por meio da prescrição, pela decadência, que se faz pela perda, pelo não cumprimento do prazo legal, da ação penal privada ou da representação, e pela forma peremptória, ou seja, por meio de uma sanção aplicada ao ente por omitir a promoção de ato que lhe compita, durante um período de tempo determinado, estando tal princípio baseado no artigo 60, da Lei Penal.

Além disso, repiso, o elenco do artigo 107 do Código Penal, não é taxativo, sendo possível encontrar em dispositivos diversos, outras causas que extinguem a punibilidade, tais como o ressarcimento do dano no peculato culposo (artigo 312, parágrafo 3º, CP) e o cumprimento do período de prova no livramento condicional (artigo 90, CP), e, ainda, em leis especiais, veja-se, pois, a extinção de punibilidade no *sursis* processual (artigo 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95).

A questão da prescrição em vigência no sistema jurídico penal brasileiro, tem sua fundamentação baseada em três fundamentos:

- (a) O decurso do tempo (teoria do esquecimento do fato);
- (b) Reeducação do apenado;
- (c) Negligência da autoridade.

Após a transcurso temporal, é considerada a inexistência de interesse por parte do Estado em solucionar um fato ocorrido há muito tempo, ou de punir o agente. As prevenções gerais e específicas provenientes da resposta emitida por meio da aplicação da pena, com o passar dos anos, perde a validade e eficiência.

Denota-se que a prática de novo ato delituoso pelo apenado determina a não reeducação do mesmo, porém, se após o primeiro delito não é cometido um segundo, tem-se a presunção da correção do agente. Dessa forma, o transcurso temporal sem que haja reiteração delituosa faz se presumir a capacidade do agente em ser reintegrado ao convívio social, não existindo mais a razão para a imposição de sanção em decorrência do primeiro ato infracional. A fundamentação dessa análise encontra-se em texto do Código Penal, no artigo 117, inciso VI, que dá previsão de interrupção da prescrição da pretensão executória por meio de reincidência.

A jurisdição penal trata da inércia da autoridade pública, no exercício do jus persecuendi in juditio ou do jus executionis, por meio da punição no decurso do prazo prescricional. Ou seja, é uma punição para atos de negligência do ente estatal. Esse preceito foi reafirmado na reforma do Código Penal no ano de 1977, através da lei nº. 6.416/77, que deu previsão na legislação brasileira para a prescrição retroativa, com punição na mora do trâmite processual criminal com a eliminação da pretensão executória da pena principal, com base no parágrafo 2º do artigo 110 do CP.

A prescrição só tem poder de extinção da pretensão punitiva ou executória, não recaindo sobre a tipicidade e antijuridicidade do fato. No mesmo sentido, a prescrição não exclui o juízo de culpabilidade. Em face dela, o fato subsiste típico e ilícito, e autoria de um agente com eventual culpa. A possibilidade legal de imposição penal, no entanto, é extinta pelo decurso do tempo.

Sabe-se que a prescrição penal conceitualmente pode variar segundo o doutrinador jurídico. Dessa maneira, optou-se em apresentar algumas abordagens acerca dessa conceituação.

Fragoso (1992, p. 403) entende que: “prescrição é a perda de um direito pelo decurso do tempo sem que ele seja exercido. A prescrição penal faz desaparecer o direito de punir do Estado (pretensão punitiva), ou o seu direito à execução da pena imposta”.

Por conseguinte, pode-se dizer que a prescrição é a perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória do Estado, que extinguirá o *ius puniendi* em concreto, em virtude do transcurso do tempo, sendo matéria de ordem pública que não pode ser renunciada pelo acusado. A prescrição pode ocorrer no momento da pretensão punitiva ou na fase da pretensão executória, dependendo de sua espécie. Com a prescrição se impede

que com o transcurso de determinado lapso temporal se efetive a pretensão punitiva ou a pretensão executória contra a pessoa.

É importante salientar que esse fenômeno chamando pretensão punitiva tem sua gênese atrelada a ocorrência de um crime, surgindo nesse momento para o Estado o *ius puniendi*. Cabe, no entanto, lembrar que as exceções previstas no art. 5º, incisos XLII (prática de racismo) e XLIV (ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático) da Constituição Federal, a pretensão punitiva não pode eternizar-se.

Sabendo-se que a legislação penal brasileira estabelece critérios que limitam o exercício do direito de punir do estado, a partir da fixação de um lapso temporal dentro do qual poderá a pena ser perseguida e/ou executada, o qual varia de acordo com a gravidade do crime e a sanção aplicada, conforme art. 109 do Código Penal (CP).

Como foi dito sistemática legal do Código Penal distingue duas espécies de prescrição: a 1) prescrição da pretensão punitiva (PPP), também conhecida impropriamente como *prescrição da ação penal*, que ocorre antes do trânsito em julgado, devendo ter como efeito a cessação da persecução penal ou a declaração de impossibilidade de seu início; e a 2) prescrição da pretensão executória (PPE), impropriamente conhecida como *prescrição da condenação* ou *prescrição da pena*, que se dá após ao trânsito em julgado da condenação. Nesta última, o Estado perde o dever-poder de executar a sanção imposta na decisão definitiva. A prescrição da pretensão punitiva possui três espécies expressamente previstas: I) prescrição pela pena de prisão máxima em abstrato (art. 109, *caput*, do CP); II) prescrição superveniente ou intercorrente (art. 110, § 1º, do CP); e III) prescrição retroativa (art. 110, § 2º, do CP).

2.1 - A relevância da teoria prescritiva no direito penal brasileiro

A Prescrição é uma ferramenta jurídica, por onde o poder estatal perde o direito punitivo sobre o agente delituoso ou de executar o ato punitivo, pelo não exercício em determinado prazo de tempo, tudo isso com previsão dada pelo Código Penal em seus artigos 109 e 110, que determina a perda por parte do ente estatal do direito punitivo, fazendo com que venha a ocorrer a extinção da punibilidade, pois esta para ser realizada deve satisfazer todos os requisitos, onde o ente estatal deve agir conforme os prazos determinados.

Nesse sentido têm-se as seguintes determinações:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 deste Código Penal Brasileiro, regula-se pelo máximo da pena privativa de

liberdade cominada ao crime, verificando-se:
I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II - em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é superior a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação alterada pela lei 12.234/10 de 5 de maio de 2010)

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais aumentam de 1/3 (um terço), se o condenado é reincidente.
Parágrafo 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo em nenhuma hipótese, ter por termo inicial, data anterior a da denúncia ou queixa. (Redação alterada pela lei 12.234/10 de 5 de maio de 2010)

Parágrafo 2º A prescrição de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.

A prescrição se coloca como uma ferramenta jurídica de grande importância para a legislação penal brasileira, pois o legislador não pode buscar a vida inteira apenas um ente em decorrência da prática de um ato delituoso cometido em uma determinada época, ou seja, um delito praticado no passado, considerando que o tempo por si só tem o poder de corrigir a pessoa do apenado, impossibilitando que este perpetue um fato em desvantagem ao apenado.

No transcorrer do tempo foram surgindo várias bases de fundamentação justificando a necessidade do instituto da prescrição, com destaque para o esquecimento relativo à infração penal, a supressão da necessidade de exemplificação junto à sociedade,

a perda e dispersão das provas, além do fator de tranquilidade para aquele que praticou uma infração penal há anos atrás, pois um erro cometido no passado não pode perdurar e perseguir o autor da infração para sempre.

Conforme descrever Greco (2009), a prescrição penal é um instituto jurídico pela qual o Estado, por não ter apresentado capacidade de fazer valer o seu poder punitivo em determinado espaço de tempo determinado legalmente, fez com que ocorresse a extinção da possibilidade de punição.

Bitencourt (2002, p. 176), ensina que: *"Para o ordenamento jurídico brasileiro, contudo, é instituto de direito material, regulado pelo Código Penal, e, nessas circunstâncias, conta-se o dia do início."*

Como pode ser visto, existem controvérsias quanto à natureza jurídica recaída sobre a prescrição penal. A Legislação Penal brasileira dá duas previsões para a questão, a primeira é a punição e a segunda a execução da punição do agente delituoso, sendo assim, surgem as duas formas principais da prescrição, sendo a pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória.

2.2 - Tipos de prescrição no processo penal

A sistemática legal do Código Penal distingue duas espécies de prescrição: a 1) prescrição da pretensão punitiva (PPP), também conhecida impropriamente como *prescrição da ação penal*, que ocorre antes do trânsito em julgado, devendo ter como efeito a cessação da persecução penal ou a declaração de impossibilidade de seu início; e a 2) prescrição da pretensão executória (PPE), impropriamente conhecida como *prescrição da condenação* ou *prescrição da pena*, que se dá após ao trânsito em julgado da condenação prescrição da pretensão punitiva possui três espécies expressamente previstas: I) prescrição pela pena de prisão máxima em abstrato (art. 109, *caput*, do CP); II) prescrição superveniente ou intercorrente (art. 110, § 1º, do CP); e III) prescrição retroativa (art. 110, § 2º, do CP).

O Código Penal Brasileiro adota dois grandes grupos de prescrição, quais sejam, a prescrição da pretensão executória e prescrição da pretensão punitiva, sendo cinco modalidades de prescrição penal no ordenamento jurídico brasileiro: a) prescrição penal pela pena máxima em abstrato; b) Prescrição superveniente ou intercorrente; c) prescrição retroativa; d) prescrição virtual ou antecipada ou em perspectiva; e) prescrição da pretensão executória. Contudo, é na prescrição em sua modalidade retroativa que deve-se orientar as principais mudanças e críticas com a nova roupagem dada pela lei 12.234/10.

Quanto a Prescrição Retroativa, esta trata-se de uma prescrição contada para trás, após a prolação da sentença condenatória com trânsito em julgado para a condenação. A

prescrição retroativa era fundamentada pelo § 2º do art. 110 do CP. Tal dispositivo, hoje revogado, rezava que a prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. Assim, arrematando a via de entendimento desta modalidade de prescrição.

Segundo Greco (2005, p. 818):

Diz-se retroativa a prescrição quando, com fundamento na pena aplicada na sentença penal condenatória com trânsito em julgado para o Ministério Público ou para o querelante, o cálculo prescricional é refeito, retroagindo, partindo-se do primeiro momento para sua contagem, que é a de fato.

Admitindo que a prescrição penal apresente algumas espécies já mencionadas, será tratado a seguir de dois tipos a saber: prescrição de pretensão executória e prescrição de pretensão punitiva.

2.3 - Prescrição de pretensão executória

Conceitualmente a prescrição da pretensão executória ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória. O seu prazo é determinado pela pena imposta na sentença condenatória. O reconhecimento da prescrição da pretensão executória impede que o estado execute a pena ou medida de segurança imposta, subsistindo os efeitos da condenação, como custas, reincidência etc. Sendo que a mesma pode ser executada no juízo cível com o intuito de reparar os danos causados pelo ato lesivo.

Assim sendo, os prazos de prescrição de acordo com o artigo 115 do código penal são reduzidos de metade, se na data do fato, ou seja, da execução do crime ou da contravenção, o agente era menor de 21 anos ou maior de 70 anos na data da sentença.

Abaixo aponta-se alguns pressupostos característicos da prescrição executória a saber:

- a) Inocorrência de Prescrição da Pretensão Punitiva (PPP) em quaisquer de suas modalidades;
- b) Sentença condenatória irrecorrível – atingindo a acusação e a defesa. Surge após o trânsito em julgado da sentença condenatória;
- c) Não satisfação da pretensão executória estatal: só inicia o prazo quando prejudicada está a pretensão executória. Não corre enquanto o Estado está executando a pena imposta.

Quanto ao Termo inicial o Art. 112 CP dispõe que do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação: 1º) Evasão após prolação da sentença condenatória – sem cumprimento de um só dia de pena – surge com o trânsito em julgado para acusação e defesa; mas se conta do dia em que se torna definitiva para acusação – *dies a quo*. Ministério Público não recorre da sentença; ocorre com o transcurso do prazo in albis da apelação, que é de 05 dias. Ministério Público recorre da sentença – dá-se o trânsito em julgado com o transcurso do último recurso disponível (Especial e Extraordinário = 15 dias). Não conta o dia do início, uma vez que em matéria de recursos, os prazos são processuais. 2º) Evasão após cumprimento de parte da pena: inicia a cumprir pena e foge: no dia da fuga inicia o prazo prescricional que transcorrerá até quando se efetive a captura. A base do prazo prescricional aqui é o restante da pena a cumprir.

O debate relativo ao termo inicial da prescrição da pretensão executória ganha notória relevância, já que, conforme o caso em julgo bem como a posição adotada pelo tribunal julgador, poderá ter a consideração de extinta/anulada ou não, a imposição penal de punição do réu. Nesse contexto tem-se a jurisprudência do STJ:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. ART. 112, INCISO I, DO CP. 2. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. É assente no Superior Tribunal de Justiça que o "prazo prescricional da pretensão executória é contado do dia em que transitou em julgado a sentença condenatória para a acusação (art. 112, I, do CP)" (AgRg no HC 323.036/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 17/03/2016). 2. Recurso em habeas corpus provido para reconhecer da prescrição da pretensão executória (BRASIL, 2016).

Assim, a Prescrição Executória começa a correr do dia em que se interrompe a execução, ou seja, quando o Estado não estiver satisfazendo a sua pretensão executória. Exceção: quando o tempo de interrupção deva ser computado na pena – art. 41 CP, e por força do art. 42 CP, computa-se o tempo em que o condenado doente mental permaneceu internado; pois, não houve fuga.

Revogação da suspensão condicional da pena: seja a revogação obrigatória ou facultativa, transitada em julgado a decisão que revoga os sursis, inicia-se a contagem do prazo prescricional da pretensão executória.

A base está no total da pena imposta, uma vez que revogado o Sursis, o réu deve cumprir toda a pena.

Exceção: Art. 161 CP – sursis tornado sem efeito – aplica-se a 1º regra e não a 2º, descritas acima. O prazo tem início, assim, do trânsito em julgado para o MP, pois não houve revogação do Sursis; ele foi tornado sem efeito.

Revogação do livramento condicional (LC): tempo é o restante da pena a ser cumprida.

Revogação por infração cometida antes do LC – desconta o período em que esteve em LC. O marco inicial do prazo é a data do trânsito em julgado da decisão que revoga o LC, e leva em conta o restante da pena.

Revogação por infração cometida durante o LC – perde o tempo que cumpriu LC – deve cumprir todo o restante da pena.

A contagem do prazo nessa esfera prescricional se dá pela seguinte via: a) tomar a pena privativa de liberdade imposta na sentença; b) obter o prazo, de acordo com o art. 109 CP; c) causas modificadoras descritas no art. 115 CP, mais a reincidência, com o prazo sendo então majorado em 1/3 se a reincidência for reconhecida na sentença, porém, aplicando-se apenas à PPExecutória); d) verificar se entre o termo inicial e as interrupções transcorreu o prazo. Se não fluíu o prazo, conta-se novo prazo obtido de acordo com o resto da pena.

Quanto a causa suspensiva da Prescrição de pretensão executória, preceituada no parágrafo único, do artigo 116 do CP, a mesma não corre enquanto o condenado está preso por outro motivo – toda e qualquer prisão que não seja a da sentença condenatória – prisões processuais e irrecorríveis de outros feitos, inclusive, civil.

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. LESÃO CORPORAL LEVE PRATICADA COM VIOLÊNCIA FAMILIAR CONTRA A MULHER. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.099/95 E, COM ISSO, DE SEU ART. 89, QUE DISPÕE SOBRE A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. "1. O art. 41 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) afastou a incidência da Lei 9.099/95 quanto aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, o que acarreta a impossibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores nela previstos, como a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). "2. Ademais, a suspensão condicional do processo, no caso, resta obstada pela superveniência da sentença penal condenatória. Precedentes do STF. "3. Parecer ministerial pela denegação do writ. "4. Ordem denegada". (HC 142017/MG, Rel.

Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 01/02/2010).

Necessário se faz esclarecer que, o art. 41 do CP determina que para os crimes praticados no âmbito doméstico contra familiares ou contra a mulher, independentemente de qual seja pena a ser aplicada, não há de se adotar os ditames da Lei nº. 9099/95, pois não é admitida a suspensão condicional do processo nos casos em que haja violência no seio doméstico e familiar contra a mulher, mesmo que a pena mínima aplicada ao fato não seja inferior a um ano (JESUS, 2020)

2.4 - Prescrição de Pretensão Punitiva

Acontecido o fato surge para o Estado à pretensão punitiva, ou seja, a persecução penal, que a faz através do poder judiciário, que aplicara o direito penal objetivo, por meio da ação penal. Verifica-se desta maneira que o Estado é o titular da pretensão punitiva.

Transitando em julgado a sentença condenatória a direito de punir transforma-se em direito de executar a sanção imposta pela sentença, seja ela pena ou medida de segurança.

Na prescrição da pretensão punitiva, o Estado perde do direito de punir e ocorre antes da sentença de 1º instancia transitar em julgado, fazendo com que aconteça a extinção da punibilidade. Ela é regulada pela in abstrato, ou seja, aquela que o Código Penal (parte especial) comina, variando de acordo com o Maximo da pena imposta in abstrato, que deverá ser colocada em dos incisos do artigo 109 do Código Penal, para se verificar o prazo prescricional de cada fato típico e antijurídico.

Nesse sentido a contagem do prazo prescricional segundo o art. 10, CP (computando o dia do começo e contando os meses e anos pelo calendário comum) esse prazo fatal e improrrogável. Logo, a base de cálculo do prazo prescricional é feita em função da pena privativa de liberdade, verificando-se o prazo constante da tabela existente no art. 109 do CP, tendo como parâmetro o máximo da pena cominada abstratamente.

Tabela do Art. 109 do CP

Pena	Prazo prescricional
Menor que 1 ano	2 anos
De 1 a 2 anos	4 anos
Mais de 2 até 4	8 anos
Mais de 4 até 8	12 anos
Mais de 8 até 12	16 anos
Mais de 12	20 anos

Fonte: desenvolvida pelo autor

Outro ponto a ser observado nesse estudo são as circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes. Estas não influem no cálculo da PPP pela pena em abstrato. Sendo que nesse caso as exceções se referem a agente menor de 21 anos na data do fato ou maior de 70 anos na data da sentença: reduz o prazo prescricional pela metade (art. 115, CP).

Existem ainda algumas causas suspensivas (sustam o prazo prescricional, fazendo com que recomece a correr apenas pelo que restar, aproveitando o tempo anteriormente decorrido) que se enquadram nas seguintes circunstâncias: Enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o conhecimento da existência do crime.

2.5 - Prescrição da medida de segurança

A prescrição da medida de segurança é aplicável aos inimputáveis e semi inimputáveis com previsão dada no artigo 26 do CP, ou seja, aos indivíduos que não são integralmente capazes ou incapazes de compreender a natureza ilícita do fato, com objetivo de eliminar a periculosidade que tem o agente na prática de determinados delitos, de modo que este não reincida nesse tipo de ato, ou seja, apresenta natureza preventiva assistencial, com tratamento necessário a eliminação da periculosidade do delinquente.

Em relação à medida de segurança se tornam aplicável ao inimputável, três posições características:

Quando se aplica a prescrição da pretensão punitiva: porque para a executória exige-se a fixação da pena, o que não acontece na medida de segurança. Portanto antes da decisão, é possível haver prescrição; depois, não;

A aplicação decorre de ambas as prescrições (pretensão punitiva e prescrição executória). No caso da executória, porque não a pena e sim medida de segurança, calcula-se a prescrição pela pena em abstrato fixada ao crime;

Pode-se aplicar geralmente, a prescrição da pretensão punitiva: antes da decisão; após, diante da inércia da lei, verificando antes da efetivação da medida de segurança de internação ao agente delituoso, quando seu estado permanecer igual, ou seja, se continuar cometendo atos criminosos. Caso tenha eliminado os níveis de periculosidade, não mais se cumpre a medida de segurança. (NUCCI,2008, p. 545).

Ao se tratar de sentença absolutória, em face da inimputabilidade do agente, o tempo prescricional se mantém regulado pela pena em abstrato. Não existe tempo para prescrição específica em medida de segurança, estando esta condicionada a comprovação de que a periculosidade do agente praticante do delito foi cessada, sendo a regulamentação da matéria dada pelo artigo 96, parágrafo único do Código Penal.

3 - PRESCRIÇÃO COM BASE NA LEI Nº 12.234/2010

O objeto de análise do presente item será as inovações na Lei 12.234/2010 e seus desdobramentos no Código Penal Brasileiro.

Situando em uma linha temporal tem-se que em 5 de maio de 2010 entrou em vigor a lei 12.234, que alterou os arts.109 e 110 do Código Penal. É o conteúdo dessa lei:

Art. 1º. Esta Lei altera os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 2º. Os arts. 109 e 110 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: ... VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

“Art. 110.... § 1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, § 2o. (Revogado).” (NR)

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º. Revoga-se o § 2o do art. 110 do Código Penal.

Analisando assim, tem-se a matéria estabelecida no art. 109 do CP com a nova redação dada pela lei 12.234/2010:

Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze);

II - em 16 (dezesesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);

IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);

V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

A partir do que foi exposto acima percebe-se que a lei 12.234/2010 trouxe alterações que prejudicam os interesses do indiciado/réu (*novatio legis in pejus*), pois a prescrição é instituto que existe em desfavor do Estado, acarretando a extinção da punibilidade.

Sendo norma penal mais gravosa que a anterior, a lei 12.234/10 não pode alcançar fatos que tenham sido cometidos antes da sua entrada em vigor, ou seja, somente se aplica a partir de 6 de maio de 2010, ou seja, a lei estabeleceu a não retroatividade no cômputo prescricional considerando não a data do fato, mas a data do oferecimento da denúncia.

Desta maneira, quanto ao direito intertemporal, a prescrição retroativa continuará sendo regida pela redação anterior dos § 1º. e 2º do art. 110 do CP, para crimes cuja conduta ocorreu até a data de 5 de maio de 2010, porque a nova redação é mais gravosa para o réu, tratando-se, pois, de "lex gravior".

3.1 - Prescrição antes de transitar e julgado a sentença

Como citado em item anterior, o Código Penal brasileiro, diz em seu artigo 109, que a prescrição deve considerar alguns prazos antes do trânsito em julgado da sentença final, com exceções descritas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 110 do CP, que atribui à dosimetria o máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime,

Como se pode notar até aqui, a prescrição antes de transitar e julgar a sentença absorveu mudanças em sua forma em detrimento da Lei 12.234/2010. O que leva a pensar o impacto dessa lei na estrutura penal brasileira. Obviamente, os doutrinadores do direito penal tais como Mirabete (2020), fazem uma leitura extremamente criteriosa dessas mudanças, mas esses aspectos estarão discorrendo nas próximas linhas desse trabalho.

Nesse momento, será focada a atenção para os aspectos formais da prescrição retroativa e intercorrente.

3.2 - Prescrição retroativa e intercorrente

A prescrição retroativa é espécie de prescrição da pretensão punitiva e sua configuração resultava da combinação, nos moldes da lei 7209/84, dos parágrafos 1º e 2º do art. 110 e do art. 109, todos do CP. Antes da lei 12.234/2010, estava prevista no § 2º do art. 110: A prescrição, de que trata o parágrafo anterior [a prescrição prevista no *parágrafo anterior*, § 1º, é a prescrição superveniente], pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. A lei 12.234/2010 tentou exterminar do sistema jurídico a prescrição retroativa. Estabeleceu em seu art. 1º a alteração dos arts. 109 e 110 do Código Penal para *excluir a prescrição retroativa*, e revogou expressamente (art. 4º) o § 2º do art. 110: “Art. 4º Revoga-se o § 2º do art. 110 do Código Penal”.

No entanto, essa tentativa do legislador foi mal realizada, pois deu sobrevida à prescrição retroativa ao estabelecer o seguinte acréscimo no § 1º: não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Utilizando uma interpretação a contrario sensu, percebe-se que essa parte final torna possível a retroação da prescrição superveniente, exceto no período primordial que ocorre da data do fato até à acusação (denúncia ou queixa). A prescrição retroativa é a própria prescrição superveniente só que aplicada para trás, retroativamente. Assim, para a análise da prescrição retroativa leva-se em consideração a pena aplicada e não a pena de prisão máxima em abstrato. Se, em grau de recurso, a pena for diminuída pelo Tribunal, será levado em conta esse *quantum*.

O prazo prescricional é contado retroativamente, ou seja, verificando-se se houve extinção em um dos períodos abrangidos anteriores ao período da prescrição superveniente. Em suma, a prescrição retroativa podia, antes da mudança da lei 12.234/2010 ser declarada observando o transcorrer do prazo em um dos períodos prescricionais anteriores ao período da prescrição superveniente, que eram os seguintes:

- 1) da data do início do prazo (111) até o recebimento da denúncia ou da queixa (117 I);
- 2) da data do recebimento da denúncia ou queixa (117 I) até a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (107 IV);
- 3) da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis até o trânsito em julgado para a acusação.

Crimes da competência do Tribunal do Júri:

- 1) da data do início do prazo (111) até o recebimento da denúncia ou da queixa (117 I);

2) da data do recebimento da denúncia ou queixa (117 I) até a publicação da pronúncia (117 II);

3) havendo recurso da pronúncia, da data de sua publicação (117 II) até a publicação do acórdão confirmatório (117 III);

4) da data da publicação da pronúncia (117 II) ou do acórdão confirmatório (117 III), até a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (117 IV);

5) da publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis até o trânsito em julgado para a acusação;

Com a nova redação dada ao art. 110, § 1º, ficou vedado apenas o reconhecimento da prescrição retroativa desde a época do fato até a denúncia ou queixa. A prescrição retroativa não pode ser declarada quando há recurso pendente da acusação que objetive o aumento da pena de prisão e que influencie no prazo prescricional. Se o recurso visa situação diversa da agravação da pena de prisão, ela pode ser declarada. Não é necessário que haja recurso da defesa para sua decretação.

A prescrição retroativa pode ser reconhecida em primeiro grau, desde que a pena fixada tenha transitado em julgado para a acusação. Essa solução prestigia o princípio da celeridade, dando efetividade ao princípio da presunção de inocência e dignidade da pessoa humana pela suspensão imediata da persecução penal, que se configura em constrangimento ao acusado. Os efeitos da prescrição retroativa são os próprios de prescrição da pretensão punitiva. Como não ocorreu condenação com trânsito em julgado, os efeitos condenatórios não surgem. Se eventualmente tiver ocorrido o trânsito em julgado, esta prescrição rescinde a decisão condenatória, desfazendo a coisa julgada.

A redação dada ao art. 110, § 1º, do CP pela lei 7.209/1984 (Nova Parte Geral) era: "a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada".

A nova redação dada pela lei 12.234/2010 acrescenta uma parte final a essa redação estabelecida pela Nova Parte Geral, o que limitou a aplicação da prescrição retroativa.

§ 1º. A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Esta prescrição é dita superveniente por ter sua existência e aplicabilidade condicionada à superveniência de condenação. Seu cálculo se dá pela pena em concreto e é espécie de prescrição da pretensão punitiva, embora esteja prevista no art. 110.

A prescrição superveniente ou intercorrente conta-se da publicação da decisão condenatória com trânsito em julgado para a acusação até a data do trânsito em julgado final. Pressupõe trânsito em julgado para a acusação no que se relaciona com a pena de prisão aplicada, o que implica que a condenação, quanto à quantidade da pena de prisão, não pode mais ser alterada em prejuízo da defesa, mesmo tendo esta recorrido.

Não se exige recurso da defesa para que possa ocorrer a prescrição superveniente, pois ela pode ocorrer com o recurso da acusação que não almeje aumento da pena de prisão. Somente impede a aplicação da prescrição superveniente o recurso da acusação que vise o aumento da pena privativa de liberdade imposta. Desta forma, não constitui óbice a decretação da prescrição a apelação da acusação que pretende - conformando-se com a quantidade da pena de prisão - a imposição da pena de multa, a impugnação do *sursis* ou outra situação jurídica que não seja aumento da pena de prisão. Além do mais, se a apelação da acusação que visava o aumento da pena de prisão for improvida ou, mesmo se provida, não alterar o prazo prescricional, o próprio Tribunal deverá decretar a prescrição superveniente.

Eventual recurso da acusação poderá evitar a prescrição superveniente, caso o recurso, que almeje o aumento da pena, for provido pelo Tribunal e a pena for aumentada alterando o prazo prescricional.

Os efeitos da prescrição superveniente são os próprios de uma prescrição da pretensão punitiva. Assim, como não houve o trânsito em julgado da decisão, não ocorre os efeitos da decisão condenatória, e se por acaso tiver transitado a sentença em julgado, a PPP superveniente fará rescindir a condenação.

Com base e todos os argumentos até aqui expostos, nos leva a reflexão no tocante a prescrição intercorrente como sendo um instrumento jurídico, que sofreu mudanças significativas dada a nova redação da Lei 12.234/2010. Nesse sentido, é fundamental esclarecer que essas mudanças impactaram as deliberações dos tribunais por todo país.

Existiu a preocupação em delinear as mudanças ocorridas a partir da Lei 12.234/2010 e seus desdobramentos na estrutura jurídica atual. Pontuando ainda que de forma breve discutiu-se sobre os conceitos de prescrição retroativa e prescrição intercorrente.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração do presente artigo demonstrou os desdobramentos ocasionados com a entrada em vigor da Lei nº. 12.234/2010, especialmente no que se refere a prescrição.

Compulsando a história jurídica da prescrição no Brasil, é possível perceber que, com o advento da Lei 12.234/2010, são verificáveis três alterações nas regras prescricionais. A prescrição intercorrente (ou superveniente) e a prescrição da pretensão executória (PPE) não sofreram mudanças e continuam sendo aplicadas da mesma forma. A nova lei não alterou as cinco modalidades de prescrição, apenas a prescrição pela pena máxima em abstrato, a prescrição retroativa e a prescrição virtual.

A partir de sua vigência, a Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, desapareceu da ordem jurídica criminal o instituto da prescrição retroativa no período que vai da data do fato até "a denúncia ou queixa". Esse desaparecimento parcial da prescrição retroativa, vedou a utilização da prescrição antecipada nesse período (período extrajudicial da pretensão punitiva), impedindo pedidos de arquivamentos de investigações ou rejeições de iniciais com base na prescrição retroativa virtual (prescrição antecipada, em perspectiva, projetada).

Esse instituto de direito material é, portanto, inaplicável. Contudo, para a finalização do *ius puniendi* nesse período, que vai da data do fato até "a denúncia ou queixa", o argumento processual da falta de justa causa para a ação penal.

A prescrição virtual não foi abolida completamente, pois pode-se utilizá-la no período que ocorre da data do recebimento da denúncia ou queixa (art. 117, I, do CP) até a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis (art. 107, IV, do CP).

Para as infrações penais ocorridas até o dia 05/05/2010 incide a redação antiga dos parágrafos 1º e 2º do art. 110 do CP – disposições que admitem a prescrição retroativa no período da data do fato até o recebimento da denúncia ou queixa. Em decorrência, a prescrição antecipada ainda incidirá até 05/05/2010 no aludido período prescricional.

A nova redação do parágrafo 1º do art. 110 foi omissa quanto *à data* da denúncia ou da queixa-crime, não estabelecendo se seria a data do oferecimento ou recebimento. Para quem entende que a lei nova adota a data do oferecimento surgirão duas datas importantes para fins prescricionais: 1) a do oferecimento da inicial acusatória, unicamente para impedir a retroação da prescrição a data anterior a esse ato; 2) a do recebimento da inicial (art. 117, I, do CP), para a finalidade já tradicional de interrupção da prescrição.

Tomando como base tudo que foi escrito e argumentado ao longo desse trabalho, entende-se que a problemática a qual se tinha levantado, foi contemplada ao longo da pesquisa. Sobretudo no que tange a seus aspectos atuais, esclarecendo ainda, que as

hipóteses norteadoras desse estudo foram comprovadas no sentido de demonstrar a Lei 12.234/2010 é alvo de críticas por conta de suas aplicabilidades na prescrição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2018.

CAMPOS JÚNIOR, Nadir de. *et al.* **Prescrição Após a Lei Nº 12.234 de 05/05/2010**. APMP, São Paulo, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DELMANTO Jr., Roberto; Delmanto, Roberto; Delmanto, Celso. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão**. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1987.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, volume I**. 8 ed.; São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral, volume I**. 20 ed. Niterói - RJ: Impetus, 2018.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição Penal Antecipada**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2018.

JESUS, Damásio de. **Prescrição Penal**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LA ROSA, Mariano R. **La Prescripción en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Astrea, 2008.

LOZANO JR., José Júlio. **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição Penal, Prescrição Funcionalista**. São Paulo: RT, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Volume I, 29. ed.; São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2019.

DA CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NOS CASOS DE RÉUS CITADOS POR EDITAL OU HORA CERTA

FÁBIO MAGALHÃES PINTO: Defensor Público do Estado do Maranhão Graduado em Direito na Universidade Federal do Maranhão e Pós Graduado em Direito do Idoso pela Instituto Brasileiro de Formação - UNIBF

RESUMO: O presente trabalho tem como propósito analisar a constitucionalidade da atuação da Defensoria Pública nos processos civis em que os réus são citados por edital ou hora certa. Tal mister é considerado uma função atípica da Defensoria Pública, uma vez que, nesses casos, ela atua sem que haja a necessidade de comprovação de vulnerabilidade econômica dos réus, o que, aparentemente, entra em conflito com a norma constitucional. Para a consecução do objetivo, foi utilizado, como metodologia, a revisão bibliográfica, com materiais disponibilizados em livros físicos, e, também, em conteúdo de cunho digital, para alcançar os objetivos deste material produzido.

Palavras-chave: Citação por edital e hora certa. Constitucionalidade. Defensoria Pública

ABSTRACT: This paper aims to analyze the constitutionality of the Public Defender role in civil proceedings in which the defendants are **court summons** by public notice or at the right time. This role is considered an atypical function of the Public Defender, since, in these cases, it acts without the need to prove the economic vulnerability of the defendants, which apparently conflicts with the constitutional rule. A bibliographic review was used as a methodology, with materials available in physical books, and also in digital content, to achieve the objectives of this material produced.

Key words: Court **summons** by public notice and at the right time. Constitutionality. Public Defense.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Do réu citado por edital e hora certa e da constitucionalidade da atuação em seu favor. 3 Da atuação da defensoria em favor de pessoa não hipossuficiente. 5 Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública foi colocada em nossa Constituição Federal em seu capítulo IV, que trata das Funções essenciais à Justiça, mais precisamente em seu artigo 134, *in verbis*:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos

necessitados, na forma do inciso LV LXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

A topografia da Defensoria Pública na Constituição, revela grande sensibilidade do legislador, ao entender que, sem a Defensoria Pública, o Poder Judiciário não pode existir de modo efetivo, uma vez que seria inacessível a grande parte da população brasileira.

Estudo recente realizado pelo IBGE, demonstrou que 13,5 milhões de brasileiros vivem em situação de extrema pobreza²⁰⁶ e que a renda média mensal de 60% dos trabalhadores brasileiros da população economicamente ativa, foi inferior a 01(um) salário-mínimo no ano de 2018²⁰⁷.

Sem a existência de uma Instituição permanente que pudesse abrir as portas da justiça para os necessitados, que são grande parte da população, não teríamos uma verdadeira democracia, pois grande parte da população estaria impedida de buscar seus direitos em um dos poderes constituídos, assim, vemos que a Constituição Federal colocou como função típica da Defensoria Pública, a defesa dos necessitados.

2. DO RÉU CITADO POR EDITAL E POR HORA CERTA E DA CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO EM SEU FAVOR

A lei Complementar 80/94 que trata da organização da Defensoria Pública, em seu art. 4º e o Código de Processo Civil, em seu art. 72, conferem à Defensoria uma função atípica, no caso, a curadoria especial, vejamos:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

(...)

XVI – exercer a curadoria especial nos casos previstos em lei

Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao:

(...)

II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

²⁰⁶<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25882-extrema-pobreza-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas-e-chega-ao-maior-nivel-em-7-anos>

²⁰⁷<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/10/renda-media-de-mais-da-metade-dos-brasileiros-e-inferior-um-salario-minimo.html>

A dúvida quanto à constitucionalidade desses dispositivos surge quando constatamos que neles, a Defensoria é instada atuar em favor de quem não é hipossuficiente, ou que, pelo menos, não há provas desse fato.

Diferentemente do processo penal onde o bem em discussão é indisponível, no processo civil, em regra ele é disponível, assim faz necessário questionar se a Defensoria Pública deveria atuar em favor de alguém que, não se sabe se é pobre e ainda na tutela de um direito disponível.

Quanto à atuação em relação ao citado por edital e hora certa, a legislação infraconstitucional, diferentemente do que pode parecer à primeira vista, encontra respaldo na Constituição, pois, embora não se tenha provas de que a pessoa seja pobre, sua defesa se constituiu na garantia de outro princípio constitucional, no caso, o do contraditório e da ampla defesa previsto no art. 5, LV.

Na citação por edital, a possibilidade de o réu ter tomando ciência de que há uma ação contra si é praticamente nula, uma vez que esta ocorre quando desconhecido ou incerto o citando ou quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar onde este se encontra (art. 256, I e II do CPC), nesse caso, a intimação da Defensoria Pública para designar um defensor para atuar em favor do citando, é medida que se impõe como necessária para assegurar a efetividade do direito constitucional alegado no inciso anterior.

Já quanto ao réu citado por hora certa, a situação aparenta-se diversa, porque nela, a presunção é de que o réu tomou conhecimento de que havia uma demanda em seu favor e que se ocultou para não receber a intimação.

Frise-se que, para que essa modalidade de intimação se aperfeiçoe, o oficial de justiça deverá deixar a contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome, e a secretaria ainda deverá enviar ao citando, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência, conforme preconiza os artigos 253 e 254 do CPC, *in literis*:

Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência.

(...)

§ 3º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

(...)

Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10

(dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.

Referidas precauções, tornam evidente de que o réu teve conhecimento do teor da demanda que havia contra si ou que, deixou de teve conhecimento da tentativa de citação mas que optou por não tomar conhecimento dela.

Ora, diferentemente do direito penal, a defesa do réu é um ônus facultativo deste, pode ele optar por não se defender dos fatos que lhe são imputados e arcar com os efeitos da revelia previstos no artigo 344 do CPC.

Assim, entendo que, nessa hipótese, a atuação da Defensoria Pública não deveria atuar em favor do réu, sobretudo, quando a ação versar sobre bens ou direitos disponíveis.

Entretanto, urge salientar, que a jurisprudência pátria não faz tal distinção, de modo que é pacífico o entendimento de que a Defensoria Pública deve atuar na defesa dos réus citados por edital ou hora certa.

3. DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA EM FAVOR DE PESSOA NÃO HIPOSSUFICIENTE

Ao impor à Defensoria Pública o dever de realizar a defesa dos réus citados por edital e hora certa, a lei não vinculou tal atuação à condição de hipossuficiência, uma vez que, tal vinculação, impossibilitaria a atuação da Instituição, posto que o defensor, por óbvio, não possui contato pessoal com a parte patrocinada.

Diferentemente do que ocorre nos casos de citação por hora certa, a grande maioria dos casos que envolvem réus citados por edital, referem-se a ações de cobrança, em que, a situação de hipossuficiência econômica dos réus é presumida, não obstante, há exceções.

Como exemplo, podemos citar as ações de busca e apreensão de veículos de luxo que tem como requeridos pessoas que exercem profissões bem remuneradas pelo mercado.

Nossos Tribunais já vem consolidando o entendimento de que a atuação da Defensoria Pública nos casos aqui analisados se dá em virtude da necessidade de se garantir o respeito ao contraditório e a ampla defesa e que não há, nesses casos, presunção de hipossuficiência²⁰⁸

208 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. CITAÇÃO POR EDITAL. RÉU REVEL. CURADOR ESPECIAL NÃO NOMEADO. NULIDADE. I- E imperiosa a nomeação de Curador Especial a ré revel, citada por edital. Inteligência do inciso II, do art. 72, do Código de Processo Civil. II- Assim sendo, realizada a citação por edital e permanecendo revel, deve ser nomeado curador especial à parte requerida, tratando-se esta de questão de ordem pública, estando atrelada ao resguardo de direitos fundamentais (devido processo legal, contraditório e ampla defesa ? artigo 5º, LIV e LV, CF/88). III- Na ausência deste procedimento, a sentença é nula de pleno direito, bem como dos atos posteriores à

Não obstante, nessas hipóteses, os réus, caso sejam condenados, arcarão com as custas e honorários sucumbenciais sem que lhes seja garantido o direito de suspensão prevista no art. 98, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil.

No Processo Penal, existe a previsão expressa de que, se o réu não for pobre e não constituir advogado, deverá ser condenado a pagar os honorários do defensor dativo nomeado pelo juiz, *in verbis*:

Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.

Atualmente, onde há Defensoria Pública instalada, o ônus da defesa nesses casos caberá à Defensoria Pública e os honorários devidos serão destinados ao Fundo de Aparentamento da Defensoria Pública, instituído por meio do art. 3º, inciso XXI da Lei Complementar 80/94.

Por analogia, entendo que, no processo civil, não havendo fortes indícios de que o réu citado por hora certa não seja hipossuficiente, deveria ser condenado ao pagamento de honorários à Defensoria Pública, sendo que, nesse caso, o juiz deve utilizar os parâmetros estabelecidos na legislação processual civil.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de atípicas, concluímos que a atuação da Defensoria na qualidade de curador de ausentes é fundamental para a garantia do princípio do contraditório e da ampla defesa prevista da Constituição Federal.

Entretanto, por não ter contato com os assistidos, os membros da Instituição, por óbvio, ficam impossibilitados de adentrar no mérito da demanda, limitando-se apenas a questões formais, como validade da citação editalícia e prescrição do direito alegado pelo autor.

Aqueles que, por algum meio tiveram conhecimento de que tramita uma demanda contra si e que estão sendo defendidos pela Defensoria Pública dentro de suas funções atípicas, curadoria de ausentes, não é recomendado que permaneçam inertes, mas sim que constituam um advogado ou, sendo hipossuficientes na forma da lei, que procurem o defensor responsável pelo caso para

citação. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA CASSADA.(TJ-GO - Apelação (CPC): 04153295520148090006, Relator: AMARAL WILSON DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 22/04/2019, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 22/04/2019).

que este possa realizar uma defesa de mérito, arrolando testemunhas, juntando documentos, solicitando a realização de perícias, etc.

Desse modo, a curadoria de ausentes deve ser vista como uma forma excepcional de se garantir o direito constitucional ao contraditório e ampla defesa e nunca como um subterfúgio antiético para tentar retardar o andamento de um processo, devendo a parte, sempre que tomar conhecimento da demanda, apresentar-se pessoalmente em juízo para realizar sua defesa.

BIBLIOGRAFIA:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. **Lei Complementar nº 19, de 11 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a organização e funcionamento da Defensoria Pública do Estado e dá providências correlatas. São Luís, MA: Governo do Estado do Maranhão, 1994. Disponível em <<https://defensoria.ma.def.br/dpema/documentos/87f7328338022bb515c813fab937c27dx.pdf>>. Acesso em 10 ago. 2021.

_____. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm>. Acesso em 10 ago. 2021.

ROCHA, Amélia Soares da. Defensoria pública – Fundamentos, organização e funcionamento. São Paulo: Atlas, 2013.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA CONTEXTUALIZAÇÃO E REFLEXÃO SOBRE SUA IMPORTÂNCIA

LEYDILENE BATISTA VELOSO DE MOURA:

Contadora. Bacharel em Direito NOVAFAPI. Professora. Vice-Presidente de Controle Interno do CRC-PI. Mestra em Contabilidade e Administração pela FUCAPE.

RESUMO: O presente trabalho aborda uma visão geral da Análise Econômica do Direito - AED, conceitos, pensadores e outros elementos relevantes. Apresenta a AED como uma importante ferramenta para se planejar, criar e interpretar as normas jurídicas considerando a rápida mutação social e econômica vivenciada nesse novo milênio. Ressalta que a revolução pós-industrial, indústria 4.0, não é facilmente normatizada pelos instrumentos legais, tradicionais, obsoletos, e que o Direito necessita de novos paradigmas para sua efetividade, com ameaça de falência de todo o sistema jurídico vigente quanto a sua finalidade maior: a de regulação das condutas sociais e econômicas de pessoas físicas e jurídicas.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito, Normas Jurídicas, Sistema Jurídico.

ABSTRACT: The present paper addresses an overview of *Law and Economics*, concepts, thinkers and other relevant elements. It's as an important tool for planning, creating and interpreting legal rules considering the rapid social and economic change experienced in this new millennium. It emphasizes that the industry 4.0 is not easily regulated by legal. It's obsolete instruments. The Law needs new paradigms for its effectiveness. There the threat of bankruptcy future of the entire legal system in force that of regulating the social and economic conducts of individuals and companies.

Keywords: Economic Analysis of Law, Legal Rules, Legal System.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Elementos Conceituais e Históricos. 4. Pensadores da Análise Econômica do Direito. 5. Perpectivas Futuras da AED. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O mundo passa por grandes transformações em todas as áreas do conhecimento humano. Uma pandemia fez os comportamentos, relações sociais e as formas de fazer negócios se alterarem muito rapidamente. Várias normas de exceção surgiram determinando, por exemplo, o fechamento de negócios e novas condutas no trato com os clientes e colaboradores nas empresas. Os impactos econômicos decorrentes da nova legislação, previstos ou não, são evidentes.

Nesse contexto é importante a compreensão dos limites e possibilidades do pensamento contemplado pela denominada de Análise Econômica do Direito. O debate sobre AED é caracterizado pela atualidade do pensamento analítico econômico das normas jurídicas. A compreensão dos conceitos, origem e evolução desse movimento, os principais pensadores e suas ideias, bem como as obras publicadas, é relevante e pertinente para todos os operadores do direito, especialmente num momento como este de crise. O debate nacional e internacional sobre o tema emerge com força para as escolhas sobre a definição das novas normas de condutas sociais. Opções referentes, por exemplo, a questões como a normatização das condutas humanas no sentido de salvar vidas no enfrentamento da pandemia ou de salvar outras vidas de pessoas que morrerão de fome, diante da falência econômica. Dilemas vivenciados por toda a humanidade e que a solução pode passar pela AED, que avalia inclusive, o bem maior, a vida humana.

Diante disso, objetiva-se analisar suas dimensões e principais características, dentro dos limites principiológicos que regem a AED a evolução do pensamento, construção do pensamento no Brasil, efetividade da utilização desse pensamento no âmbito do sistema público.

O texto está dividido em três capítulos. No primeiro são abordados os conceitos, a importância, a evolução histórica do pensamento denominado análise econômica do direito. No segundo tópico são destacados os principais autores e suas obras publicadas, além da relação desses autores com os segmentos tradicionais do direito. Nestas obras são vistos os autores estrangeiros que formam AED, bem como o início da construção de um movimento brasileiro pela AED, ainda nascente, mas já com alguns autores de destaque realizando Análises Econômicas de normas jurídicas.

O terceiro capítulo arremata a AED como pensamento atual e em desenvolvimento. Momento no qual fica evidenciada, a Análise Econômica das normas jurídicas, como a principal ferramenta para a interpretação e a produção de normas jurídicas adequadas ao novo milênio. Somente com uma construção normativa planejada, quanto aos seus impactos na vida real, é possível se regular as relações sociais, econômicas e comerciais da era 4.0 (pós-revolução industrial).

Em linhas conclusivas são feitas considerações finais e chama-se atenção para à necessidade de consolidação das ideias do pensamento analítico econômico do direito, seus riscos, vantagens e desvantagens para a humanidade. Fica caracterizado que o direito, lastreado somente num dever ser, é insuficiente para regular, atualmente, as condutas sociais. Isso porque toda norma é avaliada quanto aos seus efeitos na vida de cada indivíduo. Acrescente-se que cada norma de conduta é avaliada, por quem está obrigado ao cumprimento da mesma, quanto aos custos de sua regular obediência.

2.METODOLOGIA

O trabalho adota metodologia de pesquisa somente bibliográfica e configura uma releitura dos principais autores do pensamento analítico econômico. A partir da consulta aos livros e periódicos são apresentadas as deduções e opiniões sobre o tema. Ressaltando que, em se tratando de uma pesquisa em ciências humanas, o texto não se propõe como conclusivo ou irrefutável, sendo apenas uma reflexão para a contextualização da importância da utilização do pensamento analítico econômico do direito, quando da construção de normas jurídicas bem como do momento das escolhas de suas aplicabilidades em contratos, pareceres, decisões jurídicas e administrativas e na vida cotidiana das pessoas mais instruídas, bem como na escolha de uma determinada norma em momento de pandemia.

3.ELEMENTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS

A denominada Análise Econômica do Direito – AED surgiu a partir de um olhar sobre as normas de condutas quanto às consequências destas no mundo real. Diante dessa nova forma de observar os efeitos e resultados das normas jurídicas, iniciou-se a possibilidade de tornar eficientes as relações sociais, propiciando uma maior interação do direito com as demais ciências sociais. (Ribeiro, 2016, p.27). Ressalte-se, contudo, que é importante observar, que a interação das normas jurídicas com a economia já existe à bastante tempo e decorreram de um processo natural e quase intuitivo do ser humano.

Esse intuitivo humano possui referenciais relevantes relativamente recentes. Primeiramente, é importante compreender que nos Estados Unidos da América, a partir da segunda metade do século passado, ganhou força um conjunto de ideias que combinam as ciências econômica e jurídica de forma interdisciplinar unindo direito e economia. Esse conjunto de ideias e metodologias de análise jurídica com viés econômico foi chamado de Análise Econômica do Direito (AED), ou *“law and economics”*.(Fux, 2019)

Vale a pena dizer, contudo que embora o debate destacando direito e economia seja do século passado, Adam Smith e outros pensadores da economia e do direito, já haviam realizado avaliações das normas jurídicas considerando os aspectos econômico bem antes desse chamado grupo de estudos da *“law and economics”*. (Maia, 2007)

Economistas e juristas se debruçaram sobre a análise de normas e decisões jurídicas bem antes do grupo americano, e isso pode ser visto, por exemplo, quando foi realizada uma comparação entre as decisões no âmbito doméstico e os problemas relativos a toda a sociedade, no século XVIII, por Adam Smith, na sua obra que tratava sobre como se formam as riquezas das nações. (Smith, 2007, p. 22).

Nessa linha histórica do surgimento da AED, Steven Shavell (2004) identificou que as primeiras abordagens econômicas no âmbito do direito foram observadas já a partir das obras de Beccaria (1770) e Bentham (1789) sobre crime. Atente-se, porém que há uma

concordância de muitos autores de que a AED é um movimento novo, surgido efetivamente na década de 60 a partir de dois artigos: " *The Problem of Social Cost*" de Ronald Coase publicado em 1960, no " *3 Journal of Law and Economics*" e o trabalho " *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*" elaborado por Guido Calabresi, publicado em 1970, no " *Yale Law Journal 499*". (Shavell, 2004)

Sérgio Gallindo (2019) destacou os dois trabalhos anteriores (Coase e Calabresi) e reconhece como autores fundadores desse movimento também os autores: Gary Becker (1968) e Richard Posner (1972). Eles seriam reconhecidamente os mais relevantes para o avanço deste método de refletir sobre o direito com relação econômica, que passou a ser denominado *Law and Economics*.

Cabe observar que foi o Richard Posner, em 1973, ao publicar a obra *Economic Analysis of Law*, que estabeleceu uma nova dimensão aos estudos sobre Direito e Economia, pois foi quem primeiro realizou um estudo sistemático sobre a maioria dos setores jurídicos sob a ótica econômica, abrangendo o estudo dos contratos, da propriedade, responsabilidade civil. O debate em torno da AED se mantém atual nos EUA e, particularmente, na Universidade de Chicago. (Caliendo, 2009)

Não é possível delimitar a um momento específico do surgimento da análise econômica do direito, nem é ponto pacífico se ela pode ser rotulada como uma Escola, um pensamento, um movimento ou apenas um método. Assim, é bem identificada a existência de uma dicotomia de opiniões nas correntes doutrinárias, entre considerar a AED como uma escola ou não. Hoje, contudo, quando se fala em AED há um senso comum quanto a sua compreensão de conteúdo e método, bem como quem são os principais autores referências do mundo moderno.

Paulo Caliendo (2009) destacou que a "análise econômica do direito" é mais um movimento do que uma escola única, abrangendo diversas escolas, algumas contraditórias entre si, como por exemplo: Escola de Chicago (Chicago Law and Economics), Escola da Nova Economia Institucionalista (Institutional Law and Economics), Escola das Escolhas Públicas (Public Choice Theory) e outras.

A Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), portanto, deve ser considerada como uma abordagem e não como uma teoria. Realmente trata-se de uma distinção bem importante entre escola do pensamento e abordagens ou movimento. As escolas apresentam de modo geral um conjunto de postulados compartilhados e defendidos por um grupo de pensadores (escola austríaca, institucionalistas etc). Por sua vez as abordagens ou movimentos apresentam um grau mais difuso de postulados comuns ou heterogeneidade na sua agenda de pesquisa. (Caliendo, 2009, p. 16).

Paulo Caliendo (2009), continuando seu estudo sobre AED, traz ao debate que os estudos não se restringem aos Estados Unidos, destacando que na Europa a abordagem também ganha palco relevante. Existem pesquisas que buscam verificar a compatibilidade de uma abordagem da Análise Econômica do Direito e os Fundamentos do Direito Público alemão. E nesse contexto cita Josef Drexl leciona a disciplina de Direito internacional Econômico na Universidade de *Ludwig-Maximilians*.

A Universidade de *Ludwig-Maximilians* é uma das mais renomadas da Alemanha, constituindo-se na terceira maior daquele país e conhecida como Universidade Luís Maximiliano de Munique – LMU. Tem um corpo docente de mais de 750 professores e cerca de cinquenta mil estudantes espalhados em 18 faculdades. Trata-se de um importante centro de estudos na comunidade europeia. (LMU, 2020)

O pensamento da AED tem como grande questão é que tudo na vida das pessoas tem relação com a escassez e assim as normas e decisões não perdem se abstrair de avaliar esse fato. Assim os *jus* economistas estão preocupados em tentar responder dois questionamentos básicos: 1) Quais as consequências de dada norma jurídica? 2) A regra jurídica é possível ser adotada? Ou seja, primeiro analisar-se o resultado da norma e dependendo destes resultados, se avalia a possibilidade de sua aplicabilidade no mundo real. (Klein, 2016, p.20). Por exemplo uma norma tributária que exige de todas as pessoas um imposto único de 10 mil dólares. Não é uma norma possível de aplicação porque nem todos possuem este valor. Numa AED fica evidenciando a impossibilidade de aplicação das normas.

A AED como acaba sendo identificada com características bem específicas. A primeira é a rejeição da autonomia do Direito perante a realidade social e econômica, significando que o direito interage com essas realidades. Em segundo há uma predominância na utilização de métodos de outras áreas do conhecimento, tais com economia, contabilidade, sociologia e filosofia. Como terceira característica a AED adota uma posição crítica à interpretação jurídica como interpretação conforme precedentes ou o direito, sem referência ao contexto econômico e social. Ou seja, não se pode interpretar o direito através somente da normatividade. (Caliendo, 2009)

Essas características da AED permitem que os sistemas jurídicos sejam construídos e interpretados de uma forma mais adequada as novas demandas da sociedade. A partir da percepção quanto aos elementos conceituais e a importância da AED para esse novo milênio, mister se faz, contextualizar agora os pensadores da AED.

4.PENSADORES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

No mundo, a AED assumiu o papel muito relevante, na medida que as relações sociais são cada vez mais complexas e as pessoas físicas e jurídicas passaram a avaliar os

custos e benefícios no cumprimento das normas jurídicas. Assim, os autores que analisam os resultados reais das normas jurídicas passaram a ser observados para as tomadas de decisão. As consequências das normas jurídicas são regularmente avaliadas inclusive pelos órgãos julgadores, reduzindo a significação do direito pelo direito e ganhando espaço o consequencialíssimo na interpretação das normas jurídicas. Isso ocorre ao nível nacional e internacional.

Nessa linha, no mundo existem muitos autores estrangeiros destacados trabalhando o assunto da AED, porém dizer quais seriam os mais relevantes não é tarefa fácil. Em cada nação e em cada língua há um leque de autores. Talvez um indicador dos autores e pensadores estrangeiros evidenciados como de destaque seja a repetição de citações, ou de deferência de outros estudiosos, ou pela análise do conteúdo teórico de cada um dos autores, ou ainda pelo fato de serem repetidamente traduzidos em outras línguas.

Cada um desses critérios, postos acima, são válidos, porém pela exiguidade de tempo, não seria possível a análise do conteúdo de um rol sem fim de autores em todos o país do mundo. Para se definir os autores mais citados, seria necessário primeiro identificar quais autores poderia serem inclusos nessa avaliação, acrescentando-se que muitos pensadores só produziram obras físicas. Assim, a eleição dos autores traduzidos para o português foi o adotado para citá-los como referência de pensadores da AED. Assim, como os principais autores estrangeiros, apontamos Coase (2016), que aborda sobre problema do custo social; Cooter & Ulen (2019) aborda sobre direito e economia; Posner (2007) aponta estudos sobre problemas de filosofia do direito, economia da justiça, fronteiras da teoria do direito e a problemática da teoria moral e jurídica.

O juiz norte-americano Richard Posner foi um dos autores mais citado em artigos jurídicos e muito de sua fama se deve ao número de assuntos abordados ao longo de sua carreira, em que escreveu cerca de quarenta livros e centenas de artigos, sendo o ponto mais importante, o papel de Macroeconomia na Análise Econômica do Direito, assim muito traduzido e talvez depois de Coase, um dos mais relevantes pensadores. Outros autores também tiveram seu destaque, porém seria muito extenso relatar a história de cada um, e transformaria esse artigo num livro.

No Brasil existem muitos autores tratando da Análise Econômica do Direito, seja de forma introdutória, explicando o que é esse pensamento, seja fazendo uso do método analítico econômico para compreensão dos diversos ramos. Entre os autores que apresentam a AED de forma introdutória pode-se identificar Ribeiro & Klein (2013), abordam em seus estudos conceito da análise econômica, Timm (2008), aponta em seus estudos sobre direito e economia; Ribeiro e Gico (2013), em seus estudos relata sobre impactos econômicos e sociais das decisões judiciais.

No mérito da Análise Econômica do Direito, os primeiros a debaterem o assunto foram os civilistas. Isso porque a análise econômica se iniciou debatendo os contratos nas empresas, bem como teorias como a do “dilema do prisioneiro”, que representa uma análise de possibilidades comportamentais. No Brasil existem vários autores pensando e debatendo a AED. Dentre os quais são contemplados alguns desses principais autores identificados como alinhados com o pensamento analítico do direito, os pensadores da AED aplicada ao direito civil, direito empresarial e regulatório, como Cavalli (2013), Zylbersztajn & Sztajn (2005), Battesini (2010), Gico (2014).

Em seguida tem-se os pensadores da AED relacionados com o direito penal. Cabe destacar que alguns autores possuem escritos e análises em outras áreas, mas foram enquadrados em cada área de acordo com as publicações identificadas e referenciadas, ou ainda por palestras e cursos ministrados. Ressalte-se a lista é apenas um embrião e uma tímida amostra que objetiva demonstrar que existe um grupo grande de pensadores brasileiros debatendo a AED. Assim, os pensadores do direito penal que se subsidiaram da AED em seus trabalhos, como Oliveira, William Terra de, Leite Neto, Pedro Ferreira, Essado, Tiago Cintra Saad-Diniz, Eduardo apontam em seus estudos sobre direito penal econômico, Ramos, Samuel Ebel Braga, aborda em seus estudos sobre análise econômica do direito penal.

No Brasil o pensamento sobre a AED não se restringe a alguns poucos seguimentos, ao contrário, está presente em vários outros. Pensando AED sobre direito administrativo e constitucional existe uma pluralidade como Marcos Nóbrega, Alexandre Aragão, Egon Moreira.

As pesquisas e estudos fundamentados na Análise Econômica do Direito no Brasil não se restringem aos aspectos gerais, possuem conteúdo, complexidade e especialidade. Determinados estudos analisam as normas jurídicas em seus pormenores quanto aos efeitos econômicos. Por exemplo, trabalhos do professor Paulo Caliendo (2009) analisam os efeitos das normas tributárias no reflexo comportamental do desenvolvimento econômico brasileiro.

Na mesma linha o livro do professor Delano Câmara (2020) faz uma análise econômica profunda de todo o sistema tributário brasileiro identificando as desigualdades produzidas pela tributação. Fazendo uma AED o professor evidencia que as distorções existentes no Sistema Tributário brasileiro produziram limitações no desenvolvimento, além de grandes desigualdades sociais e regionais. O autor destacou que existe um erro na calibragem das cargas tributárias entres os diversos segmentos econômicos e sociais. Trata-se de pura análise econômica do direito.

A riqueza de pensamento sobre a Análise Econômica do Direito na esfera das finanças e tributação é constatada pela pluralidade de trabalhos publicados, bem como pela profundidade das abordagens. Alguns dos trabalhos podem ser vistos a seguir:

PENSADORES DE AED DIREITO TRIBUTÁRIO, FINANCEIRO E CONTROLES

AUTORES	LIVROS PUBLICADOS OU OBRAS QUE JUSTIFICAM A INCLUSÃO DO AUTOR NA LISTAGEM
- CALIENDO, Paulo (SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da)	- <i>Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica</i> (Editora Elsevier / Campus)
- CARVALHO, Cristiano	- <i>Teoria do sistema jurídico - direito, economia, tributação</i> (Editora Quartier Latin)
- CÂMARA, Delano Carneiro da Cunha	- <i>Tributação Viável: Paradigma para o desenvolvimento e a sustentabilidade do Estado</i> (Editora Fórum)
- MARTINS, Marcelo Guerra	- <i>Tributação, propriedade e igualdade fiscal: sob elementos de direito & economia.</i> (Editora Elsevier)
- ARAÚJO, Thiago Cardoso	- <i>Análise econômica do direito no Brasil</i> (Editora Lumes Juris)

Quadro elaborado pela Autora

Os pensadores do direito, que se utilizam da Análise Econômica do Direito para justificar a necessidade de uma nova postura para construção e interpretação das normas jurídicas no Brasil e no mundo, evidenciam a posição de destaque desse novo método para esse milênio. Acrescente-se que o esgotamento dos mecanismos tradicionais de regulação das relações sociais e econômicas são molas propulsoras para o surgimento de novos paradigmas para os métodos e formas de pensar o direito. (Timm, 2008)

Dentre os muitos novos paradigmas nascentes a Análise Econômica do Direito se apresenta como uma das relevantes expectativas de solução para o futuro. Ressalte-se, porém que a AED está apenas no começo do que realmente virá a ser o seu papel no contexto dos estudos para a efetivação de normas que permitam vir regular social e economicamente a sociedade. Tudo isso faz da AED uma promessa de remédio para as questões futuras.

5.PERSPECTIVAS FUTURAS DA AED

A AED surge em um momento em que o mundo enfrenta profundas transformações. As normas jurídicas existentes parecem não regular adequadamente as relações sociais e econômicas existentes no mundo real, em especial nos subúrbios aonde o Estado para não estar presente. Tem-se uma explosão de violência, desigualdades e revoltas, isso sem falar no domínio pela criminalidade. A explosão populacional e os códigos legais tradicionais obsoletos fazem surgir múltiplas realidades paralelas convivendo dentro de uma mesma nação. É demandado novos mecanismos para criação de normas jurídicas adequadas a regular essa pluralidade de situações, que vão da favela, ao multimilionário mercado de programas e aplicativos virtuais, que muitas vezes sequer contribuem com os custos do Estado, ou seja pagam pouquíssimo tributo. (Câmara, 2020)

Esse é o desafio: construir e interpretar normas jurídicas de maneira a produzir resultados efetivos. Para tanto é necessário entender como é vista cada norma jurídica por quem têm obrigações de cumpri-las. Isso porque, em muitas situações, pode ser mais oneroso cumprir a norma do que as descumprir. Nesse momento em que essa avaliação é feita, se as respostas forem é mais vantajoso descumprir a norma. Então o que passa a está em jogo é a eficácia de todo o ordenamento jurídico vigente. E essa avaliação já tem sido feita por muitos sonegadores de impostos. (Câmara, 2020). Bem como também se escuta em muitos noticiários que os desmatamentos e violações as normas ambientais aumentaram. E por que aumentaram? Porque, provavelmente, seja mais lucrativo para os violadores do meio ambiente descumprir a norma ambiental.

Assim, não se pode pensar um sistema jurídico somente baseado somente em FATO, VALOR e NORMA como no passado. As consequências futuras devem fazer parte do planejamento para criação da norma jurídica, bem como sua interpretação pelos órgãos da administração e pelo judiciário. A hermenêutica tradicional necessita dar espaço para o consequencialíssimo da interpretação das normas jurídicas. E, até se for o caso fazer uma análise reversa quando da confecção normativa. O objetivo da análise reversa seria neutralizar aquelas análises econômicas que possam sinalizar que seria melhor não cumprir o regramento.

O mundo atual, em toda sua complexidade, em que as normas não se restringem a regular apenas os comportamentos domésticos, é imprescindível uma macro compreensão do efeito de cada norma na vida das pessoas (físicas e jurídicas), na economia, no meio ambiente, nas organizações e inclusive na subsistência planetária.

Quando da elaboração atual das normas jurídicas, habitualmente, não é realizada uma modelagem comportamental dos impactos do conteúdo dessas normas (para as pessoas físicas e jurídicas). A ausência do estudo de impactos antes da edição da norma jurídica, numa fase de planejamento, coloca o sistema jurídico num caminho com nevoeiros e as cegas. E o principal problema está na construção das normas jurídicas que é feita no parlamento a partir de debates e votações que possuem como verdadeiros fundamentos

os interesses pessoais e de financiadores de campanhas dos parlamentares e não a verdadeira finalidade da regulação do Estado.

As normas jurídicas, como são construídas na atualizada, são obsoletas desde seu nascedouro. Sua modelagem abre caminho para tiranias econômicas, revestidas de viés de falsas democracias. Objetivam atender os interesses daqueles que dominam o parlamento. Veja-se o modelo de tributação vigente no Brasil. Ele é dotado de extrema complexidade para esconder a grande regressividade existente. A partir de uma AED de todo o sistema jurídico tributário brasileiro, em números, está comprovado que são as pessoas mais pobres pagam percentualmente mais tributos. O Brasil já passou por várias reformas e o modelo continua o mesmo, porque o parlamento é dominado pelos mais ricos, que desejam pagar menos impostos sempre. Assim a cada reforma, os parlamentares garantem a existência de normas jurídicas regressivas, escondidas na complexidade do sistema tributário. Ocorre que no momento que mais e mais pessoas perceberem o quanto estão sendo enganadas, revoltas surgiram e o sistema não terá como conter milhares de pessoas nas ruas. (Câmara, 2020)

Diante dessa nova realidade, mister se faz que toda construção normativa passe a ser planejada. Esse planejamento deve avaliar os efeitos e consequências de cada norma editada. Quando se faz um planejamento avaliando os efeitos deve-se ter em mente especialmente os efeitos econômicos da norma para as pessoas físicas e jurídicas. A norma jurídica pode trazer um efeito tão pequeno que talvez seja mais interessante para pessoa física ou jurídica descumprir a norma do que cumpri-la.

Nesse novo mundo, em que as pessoas passaram a ter acesso à informação, e que pessoas físicas e jurídicas estão avaliando o custo/benefício pelo descumprimento de normas, o Estado só terá dois caminhos: A) estabelecer sanções muito gravosas que desestimule o descumprimento. B) se utilizar cada vez mais de Nudge, ou seja, de teoria comportamental para o direcionamento das pessoas. Ressalte-se, porém, que normas protecionistas e arbitrárias, ou desproporcionais como aquelas que violam a ética e o bom senso, tendem cada vez mais a serem descumpridas e serem estopins de revoluções e revoltas. Assim, os dirigentes do Estado, mesmo capturados pelos grupos de controle do poder, necessitam acordar, e fazer o uso benéfico da AED.

É necessário fazer uso no futuro da AED para elaboração de normas jurídicas proporcionalmente justas e éticas, bem como através da mesma análise buscar mecanismos de neutralizar o poder do muito rico, bem como possibilitar sistemáticas para atingir o miserável que nada tem mais a perder na vida. Compreenda-se que em muitas situações a violação da dignidade da pessoa humana já atingiu patamares em que nem a própria vida tem qualquer valor. O desafio é construir normas que possam alcanças as extremidades da teia social, isso porque o muito rico coloca seu patrimônio no nome de

empresas situadas em paraísos fiscais e o miserável não tem como pagar mais do que aquilo que já paga no custeio do Estado. (Câmara, 2020)

Um exemplo clássico de AED corre em relação ao cumprimento de determinadas normas ambientais por indústrias poluentes. Normalmente quando uma fábrica é obrigada a adquirir determinado sistema para redução de poluentes, a gestão costuma avaliar o que é menos oneroso. Geralmente se questionam se é melhor pagar multas pelo descumprimento ou instalar e readequar os processos de produção? Podendo inclusive decidir por fechar a fábrica e instalá-la em outro lugar que não tenha controle de poluentes. (Farias, 2009) E esse talvez seja um dos maiores problemas e desafios da modernidade, que é além da volatilidade normativa, a pluralidades de ordenamentos jurídicos nos vários países. Existem muitas nações que não avaliam os custos ambientais para as gerações futuras e permitem grandes violações as orientações globais de preservação planetária.

Destaque-se que as indústrias fazem sempre uma análise de custos e benefícios de cada legislação e quais países possibilitam maiores lucros para as empresas. As empresas transnacionais se deslocam de um país para o outro com um único olhar: o maior lucro. Cabe ao Estado fazer análises reversas e buscar impor normas que evitem violações éticas, humanas e ambientais. Com essa percepção é possível compreender que a AED não é uma única escola, um pensamento liberal, ou uma corrente única, ao contrário é uma ferramenta de análise normativa para o novo milênio, devendo ser utilizada para planejamento, confecção e interpretação das normas jurídicas de maneira a atender as atuais demandas da sociedade.

Desta feita quando se pensa uma norma jurídica e a sua respectiva sanção. A sanção deve ser mais onerosa do que o custo de cumprir a norma, porque do contrário a norma não será cumprida e isso vale tanto para as pessoas físicas como para pessoas jurídicas. Contudo, a norma deve ser parametrizada em parâmetros razoáveis, pois só desencadeará revoluções e ruptura das organizações estatais existentes.

Exemplificando com mais alguns fatos cotidianos, na atualidade, quando você ultrapassa a velocidade permitida, a multa pode cegar a algo em torno de mil reais. Ocorre que para aqueles que dirigem um carro em torno de vinte mil reais, referida multa é extremamente pesada. Veja-se, porém, a mesma situação aplicada a pessoas que dirigem uma Ferrari, em que dois milhões de reais valem alguns dos carros que dirigem. A mesma multa é aplicada e nesse caso, para ele o valor é inexpressivo. Assim, ele tende a não se preocupar com o descumprimento dessa norma.

Por isso é que um sistema bem planejado deve avaliar inclusive a capacidade econômica de quem tem potencial para violar a norma jurídica, porque do contrário, faria com que o sistema funcionasse tão somente para aqueles que fossem mais fracos e mais frágeis. Esse é um dos desafios para construção de normas jurídicas mais adequadas e que

observem, entre outras coisas, a capacidade econômica do infrator, o poder político, a influência midiática e outros elementos necessários para uma análise compatível com a demanda da sociedade moderna.

Acrescente-se outro aspecto em relação a norma jurídica, que é o fato de que, toda a estrutura pensada atualmente, considera as estruturas econômicas e relações sociais existentes e não as perspectivas futuras. As relações sociais e econômicas estão se transformando muito rapidamente, existe uma revolução chamada de 4.0. Essa nova indústria chamada de "indústria 4.0" paga muito pouco em termos de tributação, especialmente por ter dimensões globais, não se sujeita as normas de determinados países, passam ilesas ao cumprimento dos sistemas jurídicos normativos vigentes. Assim, será necessária a construção de novos parâmetros e a AED é um caminho para compreensão de como se elaborar normas que alcancem aqueles que não são regulados pelas normas postas.

No novo milênio é necessário que se faça uma avaliação de como o sistema jurídico pode alcançar todas essas relações decorrentes dessa era 4.0. Sim, porque as relações já estão ocorrendo e irão se modificar mais ainda em todos os campos num futuro próximo. As alterações ocorreram nas organizações, nas obrigações tributárias, nas relações interpessoais e até, talvez nas religiões.

Um dos maiores exemplos é que hoje o Estado é bancado estritamente pelas estruturas econômicas do século passado. Observe-se, porém, que as estruturas econômicas existentes no século passado são insuficientes para sustentar um Estado em ritmo crescente. As nações possuem cada vez mais pessoas viventes em seu território, demandando em espiral exponencial por estruturas de saúde, educação, transportes, habitações, comunicações. Assim, logo será necessário um novo formato de financiamento do Estado sob pena de financiamento desse. (Câmara, 2020). O Estado não divide igualitariamente os custos dele com todos. Isso demanda uma nova perspectiva de construção do ordenamento jurídico considerando os elementos dessa revolução pós-industrial e comportamental.

Desta feita, a importância da análise econômica do direito neste novo milênio para a construção, o planejamento, a interpretação das normas jurídicas, que não podem mais ser vista de forma estática como no passado. A Análise Econômica do Direito é o futuro para a confecção de normas jurídicas que possam ter efetividade na nova sociedade e na nova economia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta feita, finalizando as reflexões sobre a Análise Econômica do Direito, fica evidente que a mesma se mostra como uma das ferramentas mais importantes deste

milênio para instrumentalizar e permitir que as normas jurídicas possam realmente estabelecer uma regulação nas relações sociais e econômicas futuras. Sem a utilização da AED para construção e interpretação das normas jurídicas aplicáveis a relações econômicas e sociais do futuro, pode ocorrer a falência ou uma inefetividade de todo o sistema jurídico posto.

Esse movimento que começou com viés de ser uma escola ou um pensamento que poderia servir apenas aqueles iriam maximizar lucros. Na famosa Universidade de Chicago, começa a ser visto como uma ferramenta mais ampla e sem fronteiras, cuja utilização por pessoas físicas e jurídicas não tem limites. Além disso, a AED se apresenta também como ferramenta disponível para Estados (governos), a partir de análises reversas econômicas, construírem normas jurídicas mais adequadas à modelagem econômica e social da atualidade.

Assim, a AED passou a ser cotidiana a todos os indivíduos e empresas de uma maneira pragmática e até quase intuitiva. Essa compreensão é necessária não só pela academia, mas pelos governantes, pelas empresas, pelas pessoas de bem que desejam um planeta sustentável para filhos e netos, bem como pelos adolescentes que estão formando seus conceitos e referências. Tudo isso justifica a necessidade cada vez maior de uma análise econômica das normas jurídicas para a construção e aplicação do Direito na grande Aldeia Global.

7.REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise econômica do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2016.

BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia: Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*. São Paulo: LTR, 2010.

CALIENDO, Paulo. [SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso]. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2009.

CÂMARA, Delano Carneiro da Cunha. *Tributação Viável: Paradigmas para o desenvolvimento e a sustentabilidade do Estado*. São Paulo: Forum, 2020. Edição do Kindle.

CAVALLI, Cássio M. *Empresa, direito e economia*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. In: DIAS TOFFOLI, José Antônio; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (orgs.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 5 Edition. Reading, Massachusetts: Addison Wesley Longman, 2019. Disponível em <http://works.bepress.com/robert_cooter/56>. Acesso em 28 abr. 2020.

FARIAS, Talden. *Introdução ao Direito Ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009:

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil & análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GALLINDO, Sérgio Paulo Gomes. *Law & Economics: Conceitos de análise econômica do direito e aplicação no âmbito civil e sancionador*. São Paulo: Editora LiberArs, 2019. Edição do Kindle.

GICO Jr., Ivo Teixeira. *A tragédia do judiciário*. In: *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, vol. 267, pp. 163-198. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

MAIA, Douglas Leonardo Costa. *Paradigmas da análise econômica do direito, para o estudo da intervenção estatal, por direção, sobre a ordem econômica brasileira*. Dissertação. Universidade de Marília. 2007. Disponível em <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp062636.pdf>> Acesso em 10 mai. 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2 ed. Revista e Ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIBEIRO, Gustavo; e GICO Jr, Ivo Teixeira. *O jurista que calculava*. Curitiba: CRV, 2013.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo e Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Harvard, 2004.

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. MetaLibri, 2007. Disponível em <https://www.ibiblio.org/ml/libri/s/SmithA_WealthNations_p.pdf> Acesso em 28 abr. 2020.

TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (orgs.). *Direito e economia, análise econômica do direito das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.